التحكيم الإلكتروني

ودور القضاء الوطني بتفعيله

القاضي الدكتور

جعفر ذيب المعاني

دكتوراه في القانون الخاص





347,09

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2013/8/3017)

المؤلف: جعفر ذيب المعاني

الكتاب: التحكيم الالكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله

الواصفات: التحكيم - تسوية النزاعات - أصول المحاكمات

لا يعبر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أو الناشر

ISBN:978-9957-16-846-9

الطبعة الأولى 2014م - 1435هـ



أسسها خالد محمود جابر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan

المركز الرئيسي

عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري - رقم 3 د
هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة

عمان - شارع الملكة رانيا العبد الله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري - رقم 261
هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

Main Center

Amman - Downtown - Near Hussayni Mosque - Petra Market - Hujairi Building - No. 3 d
Tel.: (+962) 6 4646361 - Fax: (+962) 6 4610291 - P.O.Box: 1532 Amman 11118 Jordan

University Branch

Amman - Queen Rania Al-Abdallah str. - Front Science College gate - Arabiyat Complex - No. 261
Tel.: (+962) 6 5341929 - Fax: (+962) 6 5344929 - P.O.Box: 20412 Amman 11118 Jordan

Dar Al-Thaqafa For Publishing & Distributing

الثقافة للتصميم والإخراج

التحكيم الإلكتروني

ودور القضاء الوطني بتفعيله

القاضي الدكتور
جعفر ذيب المعاني
دكتوراه في القانون الخاص

أصل هذا الكتاب (رسالة دكتوراه)
بإشراف الأستاذ الدكتور حمزة حداد - رئيسا للجنة
الدكتور قيس الشرايري - مشرفا وعضوا
في جامعة عمان العربية للدراسات العليا - الأردن

دار الثقافة
للنشر والتوزيع
1435هـ-2014م

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِى ٱلَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَٱلَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۗ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُو۟لُوا۟ ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾

صدق الله العظيم

سورة الزمر الآية (9)

الإهداء

إلى أحق الناس بحسن صحابتي حباً وعطفاً ورفقاً منذ ولادتي . . . أمي الغالية

إلى أجلّ الناس قدراً وأعظمهم فضلاً وأصدقهم وداً ونصحاً . . . أبي العزيز

إلى من أعطاني الحب والاهتمام . . . إلى من هما في مقلة العين . . . إلى النجوم المضيئة التي تضيء لي الدرب . . . عمي وعمتي

إلى بقية الدنيا وأكملها حسناً وأرقها قلباً وأرفقها درباً ، إلى من جمعت شتات أفكاري وتحملت عني طوال مدة البحث . . . زوجتي المحبة

أما التي فاضت علي حباً وزادت في الشوق شوقاً وأخذت بناظري وألهبت طموحي، فكلما ابتعدت عنها ضاقت نفسي أو اقتربت منها رقّ قلبي . . . شقيقتي العزيزة

إلى اللتين دعمتاني ووقفتا إلى جانبي وكانتا ملاذي ساعة الضيق . . . شقيقتاي

إلى من تفتحت عيناه وأنا في غياهب البحث . . . إلى من أرى التفاؤل في عينيه . . . والسعادة في ضحكته . . . إلى الوجه المفعم بالبراءة . . . ابني المعتز بالله

إليكم جميعاً أهدي كتابي

الفهرس

الفصل الثالث

دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني في إطاره الموضوعي والإجرائي

الفصل الرابع

دور القاضي الوطني في الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية

الفصل الخامس

خاتمة الدراسة ونتائجها وتوصياتها

الملخص

يعتبر موضوع التحكيم الإلكتروني من المواضيع التي لاقت اهتماماً كبيراً في الآونة الأخيرة من المشتغلين بالقانون، ولا أدل على ذلك من قيام الأساتذة الأكاديميين بمختلف تخصصاتهم بالتصدي إلى هذا الموضوع، وتبحث هذه الأطروحة في دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني.

إن التحكيم الإلكتروني خليط من القواعد والشروط الخاصة بالطرق البديلة لحل المنازعات، التي وإن كانت مبنية على البنية التحكيمية التقليدية إلا أنها بلا شك قد ولدت قواعد جديدة شكلت نوعاً من الخصوصية للنوع الجديد من التحكيم، ذلك أن ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها أظهر الحاجة الملحة إلى استحداث وسائل قانونية تتفق مع طبيعتها الإلكترونية لفض المنازعات التي يمكن أن تثار بصددها، لذا ظهر التحكيم الإلكتروني ليكون الوسيلة الملائمة لفض مثل هذه المنازعات.

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم بصورته التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي يتم من خلالها، ففكرة التحكيم الإلكتروني تتلخص في اعتماد أطراف التحكيم بشكل كلي أو جزئي لوسائل الاتصال الحديثة في الاتفاق على التحكيم، ثم جريان إجراءاته من جلسات وتبادل مستندات ومذكرات وسماع الشهود والخبراء، وانتهاء بصدور الحكم المنهي للنزاع، دون الحاجة إلى التواجد الشخصي للخصوم والمحكمين في مكان ما أو الانتقال المادي من مكان إلى الآخر.

وإزاء التطورات المتلاحقة التي شهدها نظام التحكيم الإلكتروني، ظهرت العديد من الصعوبات والعقبات القانونية في أكثر من مسألة، ولا شك أن القضاء يلعب دوراً خلاقاً في تجاوز التحديات التي تعترض طريق التحكيم الإلكتروني، ذلك إن ضمان فاعلية التحكيم الإلكتروني واحترام الآثار المترتبة عليه يقتضي

تعاوناً وثيقاً بين القضاء وهيئات التحكيم، فالتحكيم لم يعد نظاماً رضائياً يتوقف نجاحه على حسن نية المحتكمين إليه، وهكذا يتبدى لنا أن خصومة التحكيم الإلكتروني ليست بمنأى عن ولاية القضاء، بحيث لا يقتصر دور القضاء على مجرد مراقبة حكم التحكيم الإلكتروني بعد صدوره، وإنما يمد القضاء يد العون إلى التحكيم الإلكتروني ويقدم مختلف أوجه المساعدة التي يكمل من خلالها القضاء سلطة المحكم المنقوصة لمساعدته في السير بالإجراءات وتمكينه من إصدار قرار التحكيم.

ولما كان القاضي الوطني يمارس نشاطاً مهماً، بمناسبة الدعوى الموضوعية التي يُدفع فيها بوجود اتفاق على التحكيم الإلكتروني، أو بمناسبة طلب تقديم المعاونة والمساعدة للتحكيم وهو الأمر الذي يتجلى في صور عدة لعل من أبرزها الاعتراف لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية وحسم المسائل الأولية والحصول على الأدلة وغيرها من الأمور التي يساهم القضاء فيها بمساعدة التحكيم؛ أو بمناسبة الدور الرقابي الذي يلعبه قضاء الدولة إزاء حكم التحكيم الإلكتروني، من خلال الرقابة القضائية عند الطعن على حكم التحكيم الإلكتروني، أو من خلال الرقابة القضائية عند طلب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، فقد تناولت هذه الأطروحة دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني من خلال التعرض بشيء من التفصيل لصور تدخل القضاء في التحكيم، وتم تقسيم هذه الدراسة إلى خمسة فصول.

خصص **الفصل الأول** للمقدمة، وقد ضمنت هذه المقدمة مشكلة البحث، وعناصر المشكلة وأهمية البحث ومحدداته ومنهجية الدراسة المستخدمة، حتى يمكن فهم مشكلة الدراسة وموضوعها.

وجاء **الفصل الثاني** في ثلاثة محاور أساسية ليعالج الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، حيث خصص المحور الأول للتعريف بالتحكيم الإلكتروني، فنبحث في البند الأول مفهوم التحكيم الإلكتروني وخصائصه،

وفي البند الثاني الإطار التشريعي للتحكيم الإلكتروني، وفي البند الثالث الأسباب الدافعة لقيام القاضي الوطني في تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني.

أما المحور الثاني فقد خصص لمعالجة الإطار الموضوعي للتحكيم الإلكتروني، حيث نبحث في البند الأول مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني والطبيعة القانونية له وصوره، ونبحث في البند الثاني الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ونبحث في البند الثالث الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم الإلكتروني.

أما المحور الثالث فقد خصص لمعالجة الإطار الإجرائي للتحكيم الإلكتروني، حيث نبحث في البند الأول عرض النزاع على هيئة التحكيم، ثم نبحث في البند الثاني أبرز الإشكاليات التي تثيرها إجراءات الخصومة التحكيمية الإلكترونية.

أما الفصل الثالث من هذه الأطروحة، فقد عالج دور القاضي الوطني في تحقيق فاعلية التحكيم الإلكتروني في إطاره الموضوعي والإجرائي، وقد قسم إلى ثلاثة محاور:

حيث خصص المحور الأول لدور القاضي الوطني في تقدير حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، حيث نبحث في البند الأول مفهوم الإثبات وأهمية دور القاضي الوطني بصدده، ونبحث في البند الثاني وسائل الاتصال الحديثة المستخدمة في التحكيم الإلكتروني، ونبحث في البند الثالث دور القاضي الوطني في تقدير حجية وسائل الاتصال الحديثة.

أما المحور الثاني فقد تناول دور القاضي الوطني في تحقيق فاعلية التحكيم الإلكتروني في إطاره الموضوعي، حيث نعرض في البند الأول دور القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني وتحديد الآثار القانونية الناشئة عنه، كما نعرض في البند الثاني لدور القاضي الوطني في تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم وتحديد الآثار القانونية الناشئة عنه،

ونعرض في البند الثالث لدور القاضي الوطني في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وأخيراً نعرض في البند الرابع لدور القاضي الوطني في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني.

أما المحور الثالث فقد تناول دور القاضي الوطني في تحقيق فاعلية التحكيم الإلكتروني في إطاره الإجرائي، من خلال دور القاضي الوطني في رد الدعوى لوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني، وتكملة سلطة المحكمين، وحسم المسائل الأولية، واتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، ودوره في تشكيل هيئة التحكيم.

بينما عالج الفصل الرابع دور القاضي الوطني في الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية، حيث خصص المحور الأول لمعالجة دور القاضي الوطني في تقدير حجية حكم التحكيم الإلكتروني، من خلال كيفية صدور حكم التحكيم الإلكتروني، بالنظر إلى آثار حكم التحكيم الإلكتروني.

أما المحور الثاني فقد عالج دور القاضي في إبطال حكم التحكيم الإلكتروني، من خلال تقدير دور القضاء بشأن أسباب بطلان حكم التحكيم، وبيان سلطة المحكمة المختصة عند نظر دعوى بطلان الحكم التحكيمي الإلكتروني.

أما المحور الثالث فقد عالج دور القاضي الوطني في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية من خلال دراسة تنفيذ حكم التحكيم ودور القاضي الوطني إزاء تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني.

بينما توج الفصل الخامس بمحاوره الثلاثة الخاتمة والنتائج متبوعة بالتوصيات، التي نأمل أن تكون ثمرة مفيدة لهذا الجهد المتواضع في ميدان التحكيم الإلكتروني، ودور القضاء الوطني في تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني بشكل خاص، والله من وراء القصد.

الفصل الأول

المقدمة

1

المحور الأول: مشكلة البحث وعناصرها

المحور الثاني: أهمية البحث

المحور الثالث: محددات البحث ومنهجيته

الفصل الأول

المقدمة

تمهيـــد:

يحتل التحكيم مكانة بارزة كوسيلة بديلة من وسائل تسوية المنازعات، والتحكيم بشكل عام هو اتفاق على طرح النزاع أمام أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون اللجوء إلى المحكمة المختصة، فالتحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات مصدره الاتفاق وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العاديّة للوصول إلى حكم يصدر عن هيئة التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي به شأنه بذلك شأن الحكم الصادر عن القضاء (سامي، فوزي، 2006، ص ص 13 ـ 14).

وفي ظل التقدم الكبير في نظم المعلومات الإلكترونية المتزايد يوماً بعد يوم، أصبح العالم يعتمد على تقنية المعلومات في مختلف التعاملات، فكان من نتائج التطور الهائل في الاتصال الإلكتروني وعالم الإنترنت ظهور الحكومات الإلكترونية، الشركات الإلكترونية، والبنوك الإلكترونية، وتزايد حجم عقود التجارة الإلكترونية (أبو الهيجاء، محمد، 2002، ص 9؛ الرومي، محمد، ص 5) فظهرت بذلك فكرة التحكيم الإلكتروني (التحكيم عن بعد) والذي يعني إتمام إجراءات التحكيم بالوسائل الإلكترونية بداية من اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم وحتى صدور قرار التحكيم وتنفيذه، ويتميز التحكيم الإلكتروني بأنه طريقة متطورة يحقق مزايا إضافية بدوره مقارنة بالتحكيم التقليدي من أهمها: سرعة البت في المنازعات، وتوفير الوقت والجهد لعدم اضطرار الأطراف إلى الانتقال المادي إلى بلد آخر من أجل حضور الجلسات، وتبادل الوثائق والمستندات

بشكل إلكتروني؛ الأمر الذي يتلاءم مع كون الوقت عنصراً جوهرياً في المعاملات التجارية (محمود، سامح، دون تاريخ؛ نصير، معتصم، دون تاريخ).

ولعل أبرز المزايا التي تميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي هي ملاءمة نظام التحكيم الإلكتروني لطبيعة العقود الإلكترونية، وبالتالي يعتبر الأسلوب المناسب والأمثل لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الإلكترونية (النعيمي، آلاء، 2008).

بالرغم من كون التحكيم الإلكتروني هو التطور الطبيعي للتحكيم التقليدي ـ حيث امتزج القانون بالوسائل الإلكترونية ـ إلا أنه لحداثة العهد به وقصور التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الناظمة له، ظهرت العديد من الصعوبات والتحديات في أكثر من مسألة قانونية منها:

أولاً: مدى جواز إبرام عقود إلكترونية تحتوي على شرط التحكيم، سواء أكان هذا التحكيم تحكيماً تقليدياً أم تحكيماً إلكترونياً، خاصةً أن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وتنفيذ الأحكام الأجنبية تشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً (أبو الهيجاء، محمد، 2002، ص ص: 71 ـ 80).

ثانياً: مدى وفاء الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لمتطلبات الكتابة المنصوص عليها في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، ويتفرع عن ذلك التساؤل عن مدى حجية المستندات والمحررات الإلكترونية في الإثبات، ومدى حجية التوقيع الإلكتروني، خاصة أن العديد من الدول لا توجد فيها تشريعات تنظم أحكام التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية (الرومي، محمد، 2006، ص ص: 95 – 102).

ثالثاً: كيفية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية، والمحكمة المختصة بتسوية المنازعات الإلكترونية، ومكان التحكيم الإلكتروني والذي يمكن من خلاله تحديد القانون واجب التطبيق بشأن الإجراءات والموضوع، وكل ذلك في ظل التساؤل عن مدى تطابق وتوافق القواعد المتبعة في التحكيم التقليدي مع تلك المتبعة في التحكيم الإلكتروني (مقابلة، نبيل، 2007).

رابعاً: مدى الدور الذي يلعبه القاضي الوطني في التحكيم الإلكتروني، خاصة أن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية تعطي دوراً للقاضي الوطني سواء بتقديم المساعدة والمؤازرة لأعمال التحكيم أو فرض الرقابة من خلال دعوى بطلان القرار التحكيمي أو الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه (البطاينة، عامر، 2004).

وتأسيساً على ما تقدم وأمام عدم وجود تنظيم قانوني محكم لنظام التحكيم الإلكتروني على صعيد التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ولمّا كانت طبيعة العديد من المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية تستعصي على الحل بالطرق التقليدية، فقد استوجبت الضرورة التركيز على دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني والبحث عن الحلول القانونية المناسبة لتفعيل التحكيم الإلكتروني.

وستدور هذه الأطروحة حول دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني، لإبراز دور القضاء المهم في دعوى التحكيم الذي يتجلى بشكل واضح من خلال تحقيق الفعالية القصوى للتحكيم، سواء أكان الأمر يتعلق بالتحكيم اتفاقاً أم حكماً، فالقضاء يؤدي دوراً مهماً في تقديم يد العون والمساعدة للتحكيم في صور عدة، كذلك يؤدي القضاء دوراً رقابياً إزاء حكم

التحكيم عند الطعن به أو عند طلب تنفيذه، إذ لا تعطى الأحكام التحكيمية الصيغة التنفيذية إلا بعد التأكد من تحقق شروط معينة في هذا الحكم.

المحور الأول: مشكلة البحث وعناصرها

أولاً: مشكلة البحث

تشهد محاكم العالم ازدياداً كبيراً في أعداد القضايا المنظورة أمامها، مما يشكل تحدياً يصعب مواجهته بطرق التقاضي التقليدية، الأمر الذي يستدعي ضرورة تفعيل الحلول البديلة لفض المنازعات لمواجهة هذا التحدي، لذا تهدف هذه الدراسة إلى محاولة إبراز الصعوبات والتحديات القانونية التي تواجه نظام التحكيم الإلكتروني، وإبراز دور القاضي الوطني في إيجاد الحلول القانونية المناسبة لها، لذلك فإن الغرض من هذه الدراسة هو تسليط الضوء على دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني.

ثانياً: عناصر المشكلة

تحاول هذه الدراسة الإجابة عن الأسئلة التالية:

1- هل للقاضي الوطني دور في تفعيل التحكيم الإلكتروني من خلال تجاوز شكليات صحة انعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

2- هل للقاضي الوطني دور في تفعيل التحكيم الإلكتروني من خلال تقديره لحجية طرق الإثبات الإلكترونية اللازمة لإثبات اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

3- هل للقاضي الوطني دور في تفعيل التحكيم الإلكتروني من خلال رد الدعوى المنظورة أمامه عند الدفع بوجود شرط التحكيم الإلكتروني؟

4- ما دور القاضي الوطني في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم الإلكتروني؟

5- ما الدور الذي يؤديه القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني أثناء سير إجراءات التحكيم؟

6- هل للقاضي الوطني دور في تفعيل التحكيم الإلكتروني من خلال تقديمه الدعم والمؤازرة لأعمال التحكيم الإلكتروني؟

7- ما دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني عند تقديره لحجية حكم التحكيم الإلكتروني، وبته في دعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني، ونظره لطلب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؟

المحور الثاني: أهمية البحث

تبرز أهمية التحكيم الإلكتروني بكونه وسيلة من الوسائل البديلة لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، فقد احتل مكانة بارزة ومثّل أهمية خاصة في ظل تزايد عقود التجارة المبرمة إلكترونياً، لما يقدمه من حلول واقعية تتمثل في ملاءمة نظام التحكيم الإلكتروني لطبيعة العقود الإلكترونية، وبالتالي يعتبر الأسلوب المناسب والأمثل لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية.

وانطلاقاً من ذلك، ولكون التحكيم الإلكتروني يمثل التطور الطبيعي للتحكيم التقليدي، ولكون العقد الإلكتروني هو بدوره الوليد الجديد في عقود التجارة الدولية، ولكون التحكيم الإلكتروني حديث النشأة لذلك، لم يرد له تنظيم تشريعي في أغلب التشريعات، مما خلق العديد من الصعوبات والتحديات التي تحول دون تحقيق فاعليته.

وتأسيساً على ذلك، وإزاء الأهمية المتزايدة للتحكيم الإلكتروني وضرورة إيجاد حلول لمواجهة الصعوبات والتحديات التي تواجه هذا النظام، ولمّا كانت جميع هذه الصعوبات والتحديات ناشئة عن مسائل قانونية، الأمر الذي يمكّن القاضي الوطني من الاضطلاع بدوره لإيجاد الحلول المناسبة، حيث يؤدي القضاء

دوراً مهماً للغاية في دعوى التحكيم، ويتجلى ذلك بشكل واضح من خلال تحقيق الفعالية القصوى للتحكيم، سواء أكان الأمر متعلقاً باتفاق التحكيم أم بالحكم الصادر عن التحكيم؛ وبالتالي تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني.

وبهذا تبرز أهمية البحث كون الأردن من الدول السبّاقة في إقرار قانون المعاملات الإلكترونية، والاعتراف بحجية المحررات والمستندات والتواقيع الإلكترونية، وبالرغم من ذلك فإنه حتى لحظة إعداد خطة الأطروحة لم يجد الباحث دراسات حول نظام التحكيم الإلكتروني بشكل عام في الأردن، كما أن الدراسات التي تعالج موضوع التحكيم الإلكتروني بعموميته صدرت في ظل غياب أطر قانونية تعترف بحجية العقد الإلكتروني ووسائل إثباته، فتبقى تلك الدراسات مجتزأة عن الواقع القانوني لعدم وجود قانون للمعاملات الإلكترونية يعالجها ابتداءً.

وبناءً على ما تقدم فستسهم هذه الدراسة البحثية في تسليط الضوء وإضافة معلومات جديدة حول نظام التحكيم الإلكتروني بشكل عام، وحول دور القاضي في تفعيل التحكيم الإلكتروني بشكل خاص.

أما في الجانب التطبيقي فإن إيجاد الحلول القانونية للتحديات والصعوبات التي تواجه التحكيم الإلكتروني سيسهم في إنجاحه، خاصةً أن نظام التحكيم الإلكتروني يعطي مرونة كبيرة لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية الإلكترونية التي تتطلب بدورها السرعة وعدم التقيد بشكليات معينة.

المحور الثالث: محددات البحث ومنهجيته

أولاً: محددات البحث

إن المحددات التي تحيط بهذه الدراسة وتوضح سبل السير فيها هي:

أولاً: إن هذه الدراسة تعنى بالتعرف على دور القاضي الوطني في تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني، من حيث الدور الذي يلعبه في تقدير حجية اتفاق

التحكيم الإلكتروني منذ لحظة إنشائه وانعقاده مروراً بإثباته، وتقدير حجية المحررات والتواقيع الإلكترونية، وتقدير حجية الشرط أو المشارطة التي اتفق الأطراف بموجبها على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، والدور الذي يلعبه القاضي الوطني في تقديم العون والمساعدة لأعمال التحكيم الإلكتروني، ودوره أيضاً بنظر دعوى بطلان القرار الصادر بالتحكيم الإلكتروني ودوره في الاعتراف بقرار التحكيم الإلكتروني وتنفيذه، لذلك ستقتصر الدراسة في هذه الأطروحة على هذه الجوانب دون التطرق إلى جوانب أخرى إلا بقدر ما تستلزمه الضرورة.

ثانياً: إن الأساس الذي تقوم عليه هذه الدراسة هو التشريع الأردني، ومع ذلك ولكون نظام التحكيم الإلكتروني يعتبر من الوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية الدولية، فإن الباحث سيناقش من خلال هذه الدراسة الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية المقارنة والتطبيقات القضائية ذات الصلة خاصةً في دولة الإمارات العربية وجمهورية لبنان وجمهورية مصر العربية والمملكة المتحدة.

ثانياً: منهجية البحث

سوف يتم من خلال هذه الأطروحة استعمال أكثر من أسلوب من أساليب البحث العلمي وذلك سعياً من الباحث للوصول إلى إجابات دقيقة شافية ووافية على كل التساؤلات التي تم طرحها خلال عرض الأطروحة، إن المناهج التي ستتم الاستعانة بها هي:

1- المنهج الوصفي (التاريخي):

حيث سيعمد الباحث إلى عرض التطور الذي طرأ على مفهوم التحكيم ابتداءً من اتفاقية نيويورك لعام 1958م للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم

الأجنبي، مروراً بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية لعام 1998م، وانتهاءً بلائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية لعام 2004م، وذلك فيما يتعلق بموضوع الأطروحة مع بيان نصوص التشريعات الوطنية المقابلة إن وجدت، بالإضافة إلى استعراض القرارات القضائية الدولية والأردنية.

2- المنهج التحليلي:

وذلك من خلال تحليل النصوص وبيان أثرها على الواقع العلمي، ومحاولة الوصول إلى استنباط القواعد القانونية عبر المقاربة بين النصوص القانونية في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية في التحكيم التجاري وصولاً إلى تحديد الدور الذي يؤديه القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني وما يترتب على ذلك من اجتهادات ونتائج.

3- المنهج النقدي:

عبَّر نقد التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الناظمة للتحكيم التجاري الدولي والتحكيم الإلكتروني، وبيان ما يعتريها من نقص أو تناقض، مع طرح الحلول المناسبة للصعوبات والعوائق التي تعترض قيام القاضي بدوره في تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني.

ومن هنا وتأسيساً على ما تقدم وعلى اعتبار أن هذه الأطروحة ستشكل تطبيقاً للأسلوب الوصفي التحليلي عبر المناهج البحثية سالفة الذكر، سيعمد الباحث لغاية تحقيق الأهداف المتوخاة من الأطروحة إلى استخدام عينات منتقاة من الأحكام القضائية الأردنية والدولية والرجوع إلى مواقع (مراكز تحكيم) على شبكة الإنترنت حيث سيتولى الباحث تحليل هذه العينات ونقدها واستنباط الأحكام منها.

الفصل الثاني

الإطار القانوني الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني

2

المحور الأول: التعريف بالتحكيم الإلكتروني

المحور الثاني: الإطار الموضوعي الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني

المحور الثالث: الإطار الإجرائي الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني

الفصل الثاني

الإطار القانوني الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني

لا شك أن استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال الإلكترونية وإبرام العقود وتنفيذها عبر شبكة الإنترنت، يحتم التفكير في استخدام هذه التقنيات الإلكترونية لتسوية ما قد ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات، ولا شك أن التحكيم الإلكتروني يعتبر أحد إرهاصات ثورة تكنولوجيا المعلومات هذه، ونظراً لحداثة عهده فإنه يثير العديد من التحديات في أكثر من مسألة قانونية في فروع القانون المتعددة، فهناك بعض الصعوبات التي تتعلق بإبرام اتفاق التحكيم وكتابته وتوقيعه، وكذلك مدى استيفائه للشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لانعقاده، ومدى أهمية انعقاد الجلسات بالحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين لتدقيق المستندات وسماع الشهود ومناقشة الخبراء وتبادل المذكرات والمرافعات (جبران، محمد، 2009؛ الشريفي، رضوان، 2010).

هذا الوضع الجديد يقتضي تطوير نظام قانوني ملائم يحكم نظام التحكيم الإلكتروني، إذ إن ظهور التحكيم الإلكتروني كوسيلة مطورة لحسم المنازعات عموماً والتي تبرم عبر الإنترنت خصوصاً، لم يكن خالياً من العقبات القانونية، فالتحكيم يبدأ باتفاق، وهذا الاتفاق له أحكامه الخاصة، لعل من أهمها الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة لانعقاده، فإذا أبرم هذا الاتفاق عبر الإنترنت، فإن التساؤل يثار عما إذا كان بالإمكان استيفاء هذه الشروط؟؟

وإذا كان التحكيم يبدأ باتفاق، فإن هنالك إجراءات تحل محل الإجراءات القضائية للوصول إلى الحكم المنهي للنزاع، ويختلف التحكيم الإلكتروني في إجراءاته عن التحكيم التقليدي في عدة نواح، أبرزها طريقة التواصل بين الخصوم وهيئة التحكيم والشهود والخبراء من جهة، وطريقة تبادل المستندات واللوائح والمذكرات من جهة أخرى، حيث يتم ذلك بالطرق الإلكترونية باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، لذا فإن العديد من التساؤلات تثور هنا حول مدى مشروعية هذه الإجراءات؟ ومدى تحقيقها لأبسط قواعد العدالة المتمثلة في مبدأ المواجهة وحق الدفاع؟ ومدى احترامها لضمانات المحاكمة العادلة وسيادة القانون؟

وللوقوف على نظام التحكيم الإلكتروني بشيء من التفصيل، وللتعرف على التحديات والعقبات القانونية التي تعترضه، وللإجابة عن العديد من التساؤلات التي يثيرها التحكيم الإلكتروني، فقد قام الباحث بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة محاور:

المحور الأول: التعريف بالتحكيم الإلكتروني.

المحور الثاني: الإطار الموضوعي الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني.

المحور الثالث: الإطار الإجرائي الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني.

المحور الأول: التعريف بالتحكيم الإلكتروني

صَاحَبَ الانتشار المتزايد في حجم التجارة الإلكترونية زيادة في معدل الخلافات الناجمة عنها، الأمر الذي استدعى البحث عن وسائل لتسوية منازعاتها بطريقة إلكترونية تتماشى وطبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة وكونها تتم عبر شبكة الاتصالات العالمية (الإنترنت)، فاللجوء إلى القضاء ليس طريقاً مقبولاً لفض المنازعات الإلكترونية، وليس التحكيم العادي أيضاً طريقاً سريعاً بدرجة كافية (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 243).

فلا شك أن استخدام شبكات الاتصال في إبرام العقود يحتم فتح المجال أمام آليات جديدة تلائم مثل هذا الاستخدام، فإذا كان الإبرام العادي للعقود قد أفرز آليات معينة تتسم بالسرعة والسهولة بعيداً عن الإجراءات الطويلة أمام القضاء العادي، فإنه من المنطقي أن يفرز الواقع العملي أيضاً آلية جديدة لتسوية المنازعات التي تثيرها التجارة الإلكترونية، ليجري اتخاذ إجراءاتها على قنوات ووسائل إلكترونية مماثلة لتلك التي جرى من خلالها التعامل محل النزاع (الخالدي، إيناس، 2009، ص: 28).

ومع ازدياد حجم العقود المبرمة عبر الإنترنت والاطراد في حجم الخلافات الناشئة عنها، ظهرت فكرة التحكيم الإلكتروني الذي يتم بطريقة إلكترونية باستخدام التقنيات الحديثة في مجال تبادل المعلومات والاتصالات، وحتى نتمكن من تحديد مفهوم التحكيم الإلكتروني لا بد من إيضاح البنود التالية:

البند الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني.

البند الثاني: خصائص التحكيم الإلكتروني.

البند الثالث: مشروعية نظام التحكيم الإلكتروني.

البند الرابع: الأسباب الدافعة لقيام القاضي الوطني بتفعيل التحكيم الإلكتروني.

البند الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني

يقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني، الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم (أبو الوفا، أحمد، 1988، ص: 15).

وقد عرفه أحد الفقهاء بأنه "نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي" (الحداد، حفيظة، 2007، ص: 44).

كما عرفه فقهاء آخرون بأنه "مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به، عن طريق قضاة خاصين، مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون" (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، 1998، ص: 23).

وهدياً بما استقر عليه الاجتهاد الفقهي والقضائي، فإننا يمكن أن نعرِّف التحكيم بأنه: "طريق استثنائي رسمه القانون لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، عن طريق شخص أو أشخاص معينين بإرادة الخصوم، للفصل في النزاع المعروض أمامهم بحكم ملزم"؛ (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2010/1783، تاريخ 2010/10/6، منشورات مركز عدالة؛ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1994/1774، تاريخ 1995/3/26، منشورات مركز عدالة).

وهذا هو المفهوم التقليدي للتحكيم، فهل يختلف التحكيم الإلكتروني في مفهومه عن هذا المعنى؟

لا يختلف التحكيم الإلكتروني في جوهره عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم، فلا وجود للورق أو الكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 246).

وقام البعض بتعريف التحكيم الإلكتروني بأنه: "نظام قضائي إلكتروني خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تنشأ أو المحتمل نشوؤها إلكترونياً بين

المتعاملين في التجارة الإلكترونية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك" (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص:30).

ومنهم من عرّفه بأنه: " التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين" (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 248).

ومنهم من عرّفه بأنه: "ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالباً، بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي". (أبو صالح، سامي، 2004، ص: 20).

ومنهم من عرّفه بأنه: "قضاء اتفاقي خاص قائم على إرادة الأطراف لتسوية المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً عن علاقات عقدية تجارية كانت أو عادية للفصل فيها بوسائل إلكترونية" (جبران، محمد ، 2009).

وبناءً على ما تقدم يرى الباحث أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف في جوهره عن التحكيم التقليدي، فكلاهما وسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات بدلاً من اللجوء إلى القضاء باعتباره الوسيلة المعتادة لفض المنازعات، فالتحكيم سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً فهو طريق خاص لفض المنازعات قوامه إرادة الخصوم بطرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين للقيام بالفصل في النزاع بإصدار حكم نهائي ملزم بدلاً من المحكمة المختصة (النعيمي، آلاء، 2009).

وإذا كان هذا المفهوم العام يمثل جوهر التحكيم أياً كانت صورته تقليدياً أم إلكترونياً، فإن ما يميز التحكيم الإلكتروني ويعطيه وصفه؛ أنه

تحكيم يتم باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة المعتمدة على تقنية المعلومات، ذلك أنه يقوم على تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الاتصال كالإنترنت دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد (الشريدة، توجان، دون تاريخ).

ويتبين لنا من خلال ما سبق أن التحكيم الإلكتروني يتميز بالعناصر الجوهرية التالية:

أولاً: إنه نظام قضائي إلكتروني خاص

يتميز التحكيم بأنه نظام قضائي يتمثل في وجود مجموعة من القواعد القانونية المتكاملة الموضوعية والإجرائية التي تنظم سير الخصومة التحكمية حتى صدور الحكم التحكمي المنهي للنزاع فيها (جبران، محمد، المرجع السابق).

ويظهر الجانب القضائي للتحكيم في أن التحكيم وإذا كان يبدأ باتفاق فهو ينتهي بحكم مكتسب لحجية الأمر المقضي به (أبو الوفا، أحمد، 1988، ص: 18).

ويظهر الجانب الإلكتروني للتحكيم كون أطراف التحكيم يستخدمون عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سريان خصومة التحكيم وسائط إلكترونية (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 31).

فإذا كان ما يميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إجراءاته، **فإن التساؤل يطرح عما إذا كان من اللازم تمام التحكيم بأكمله عبر الوسائل الإلكترونية لاعتباره تحكيماً إلكترونياً أم يكفي لاعتباره كذلك استعمال الوسائل الإلكترونية في أية مرحلة من مراحله؟**

الواقع إن الفقه لم يتفق على رأي واحد في الإجابة عن هذا التساؤل، وانقسم بهذا الصدد إلى اتجاهين:

يذهب الاتجاه الأول منهما إلى: اعتبار التحكيم تحكيماً إلكترونياً سواء تم بأكمله باستخدام الوسائل الإلكترونية أم اقتصر استعمالها على بعض مراحله فقط، إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الإلكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو على مرحلة الخصومة التحكمية، في حين تتم المراحل الأخرى بالطرق التقليدية (الشريدة، توجان، المرجع السابق؛ جمعة، حازم، دون تاريخ؛ نصير، معتصم، دون تاريخ).

فآليات فض المنازعات إلكترونياً عند هؤلاء، وسيلة لحل المنازعات تُختار فيها شبكة الإنترنت لتكون جزئياً أو كلياً المكان الافتراضي لحل نزاع ما، ولكنها لا تعني بالضرورة أن عملية فض المنازعات برمتها تدار عن طريق شبكة الإنترنت، إذ إن مجرد الاستخدام الجزئي للبريد الإلكتروني كوسيلة اتصال خلال عملية التحكيم يمكن أن تعد آلية لفض النزاعات إلكترونياً (Lodder,A.R. & Vereeswijk,G.A.W.,2004).

أما الاتجاه الثاني فإنه وعلى النقيض من الاتجاه الأول يذهب إلى: أن التحكيم لا يكون إلكترونياً إلا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم إلكتروني، ويمر بإجراءات تحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، وينتهي التحكيم بإصدار حكم تحكيم إلكتروني فيه، فلا يلتقي الأطراف مع المحكم ولا تنعقد جلسات التحكيم بشكل مادي (يتوجي، سامية، 2008؛ النعيمي، الاء، المرجع السابق).

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه، أنه لا يمكن وصف التحكيم بأنه إلكتروني لمجرد استخدام الإنترنت في إجراءاته، فعادةً ما يتم تبادل العديد من

الرسائل عبر البريد الإلكتروني في إجراءات التحكيم وبالتأكيد لا يعد إلكترونياً لهذا السبب الوحيد، وبالتالي يجب أن يقتصر تطبيق أحكام التحكيم الإلكتروني على المنازعات الناشئة عن أعمال إلكترونية (Gabrielle, kaufmann-kohler & Thomas, Schultz, 2004, p. 26).

ويرى الباحث أن الاتجاه الأول يرجِّح على الاتجاه الثاني، فإذا كان التحكيم الإلكتروني يتميز عن التحكيم التقليدي بأنه يتم عبر الوسائط الإلكترونية، فلا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو ببعض مراحله إلكترونياً، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية، لكن مع إعطاء المحكم أو هيئة التحكيم المعينة المنوط بها الفصل في النزاع، سلطة تحديد إذا ما كان التحكيم تحكيماً إلكترونياً أو تقليدياً تبعاً لمدى أهمية المراحل أو الإجراءات التي تمت بالخصومة التحكمية، إذا قد يبقى التحكيم تحكيماً تقليدياً طالما غلب عليه التواجد المادي لأطراف العملية التحكمية، وقد يبقى التحكيم تحكيماً إلكترونياً طالما تمت التسوية في الأغلب دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد، وسندنا في ذلك أنه قد لا يخلو تحكيم من استعمال بعض وسائل الاتصال الحديثة في أية مرحلة من مراحله، فمثل هذا التحكيم يبقى تقليدياً طالما عقدت جلساته بشكل مادي ولم تتم إجراءاته عبر الوسائل الإلكترونية، والقول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيماً إلكترونياً، على أن يحترم المحكم عند تحديد نوع التحكيم أكان تقليدياً أم إلكترونياً رغبة الخصوم النابعة من إرادتهم.

أما كون التحكيم نظاماً قضائياً خاصاً، فذلك لأن حكم المحكم هو عمل قضائي إذا تتبع بصدده الإجراءات المتبعة أمام المحاكم، ولكن لا تصدر الأحكام باسم الدولة، وبعبارة أدق، فإنه باتفاق التحكيم يحل قضاء التحكيم

محل قضاء الدولة في حماية الحقوق، ويكون الحكم إلزامياً شأنه شأن قضاء الدولة، فالتحكيم اتفاق ثم إجراءات تحل محل الإجراءات القضائية، ثم حكم مكتسب حجية الأمر المقضي به (شتا، احمد، 2005، ص: 23).

ثانياً: إنه قائم على إرادة الأطراف

يتميز التحكيم الإلكتروني بأنه يقوم أساساً على إرادة الأطراف حيث يعد اتفاق التحكيم الأساس القانوني له والدستور الذي يحدد نطاقه ومداه، ويخرج موضوع النزاع من اختصاص القضاء، وبمقتضاه أيضاً يستمد المحكمون منه سلطاتهم، لذلك يجب البحث عن إرادة الخصوم إذا ما انصبت على رغبتهم في النزول عن الالتجاء إلى القضاء وفي حسم النزاع بواسطة التحكيم الإلكتروني أم لا (التحيوى، محمود، 2006، ص ص: 37 ـ 40؛ عمر، نبيل، 2004، ص: 32).

ثالثاً: إنه يختص بالفصل في المنازعات الحقوقية بشكل إلكتروني

حيث يعتبر النزاع أحد أهم العناصر الأساسية التي يقوم عليها التحكيم الإلكتروني، فإذا تخلف النزاع، لم نكن أمام هذه الوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، والمقصود بالنزاع في التحكيم الإلكتروني ذلك النزاع الذي يحمل بطياته طبيعة قانونية أو ادعاءً قانونياً، فإذا انتفى وجود النزاع انتفى وجود التحكيم (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، مرجع سابق، ص ص: 19 ـ 20).

ولا يكفي وجود عنصر النزاع في التحكيم الإلكتروني، وإنما يجب فوق ذلك أن يتعلق النزاع بالمسائل الحقوقية أو التجارية أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقديةً كانت أم غير عقدية.

أما بخصوص أنه إلكتروني فذلك يعني الاعتماد على التقنيات التي تحتوي على ما هو كهربائي أو مغناطيسي أو كهرومغناطيسي أو رقمي أو لاسلكي أو بصري، أو غيرها من الوسائل المشابهة، إذ يظهر الجانب الإلكتروني في كون

الأطراف يستخدمون عند إبرامهم لاتفاق التحكيم أو أثناء سير الخصومة تلك الوسائل الإلكترونية دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع أو المحكمين في مكان معين (إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 246 – 247).

وفي النهاية يرى الباحث أن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا خليط من القواعد القانونية والوسائل الإلكترونية، حيث تتمازج القواعد القانونية والشروط الخاصة بحل المنازعات، والتي كانت مبنية على البنية التحكمية التقليدية، مع الوسائل الإلكترونية، بحيث يتم تطويع القواعد القانونية التقليدية لتتلاءم مع متطلبات التجارة الدولية الإلكترونية؛ بأن تجري جميع إجراءات التحكيم أو بعضها عبر الوسائط الإلكترونية بداية من الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم، وصولاً إلى إصدار القرار التحكيمي المنهي للنزاع.

وعليه يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه: طريق استثنائي لفض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية قوامه الخروج عن طرق التقاضي الأصلية، مستند بذلك على إرادة الخصوم بطرح النزاع على شخص معين أو هيئة معينة للفصل فيه بحكم ملزم للخصوم، على أن تجري مراحله بشكل كامل أو جزئي عبر وسائل الاتصال الحديثة.

البند الثاني: خصائص التحكيم الإلكتروني

يتميز التحكيم بمجموعة من المزايا والخصائص تدفع الأفراد المتعاملة على صعيد التجارة إلى تفضيل اللجوء إليه كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات، لذا يبرر الفقه الانتشار الواسع للتحكيم للمزايا التالية:

أولاً: سرعة الإجراءات أمام قضاء التحكيم

حيث يتميز التحكيم عن القضاء العادي بالقدرة على الفصل في المنازعات المعروضة عليه في وقت أقل؛ والعدالة السريعة التي يقدمها التحكيم ترجع إلى

عـاملين (الحـداد، حفيظـة، 2007، ص ص: 12 – 19؛ التحيـوى، محمـود، المرجـع الـسابق، ص ص: 8 – 9):

العامل الأول: التزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف كأصل عام؛ إذ يلتزم المحكم في ظل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدوليـة المعاصـرة المنظمـة للتحكـيم بـأن يفـصل في المنازعـة المتفـق بـشأنها علـى التحكيم خلال فترة زمنية محددة، ولا يملك المحكم زيادة هذه المدة كأصل عام؛ إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على ذلك.

العامـل الثـاني: قـضاء التحكـيم قـضاء مـن درجـة واحـدة: حيـث يتميـز بهـذا قضاء التحكيم، على خلاف قضاء الدولة الذي يعتبر مبـدأ التقاضـي علـى درجتين من مبادئه الأساسية، ذلك أن قـضاء التحكـيم قـضاء مـن درجـة واحـدة، فـالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به، ولا يجوز الطعن فيه بـأي طريـق من طرق الطعن العادية مع إمكانية الطعن فيه بطريق غير عادي وهو طريـق الطعـن بالبطلان وللأسباب الواردة حصراً في القانون.

ثانياً: سرية قضاء التحكيم

من الخصائص المميزة لقضاء الدولة ما يعرف بمبدأ علنية الجلسات والنطق بالأحكـام، والعلانيـة الـتي تحيط بالقـضاء الـوطني تعـد إحـدى أسـباب عـزوف الأفراد عن اللجوء إلى القضاء، واختيارهم للتحكيم، لأن العلانية قد تنقلب وبالاً علـى التجـار إذا كـان مـن شـأنها إذاعـة أسـرار صـناعية، أو اتفاقـات خاصـة يحرصون على إبقائها سراً مكتوماً، فكـم مـن تـاجر يفـضل خـسارة دعـواه علـى كشف أسراره التجارية التي تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق المتنازع عليه (شفيق، محسن، 1997، ص ص: 28 ـ 29).

ثالثاً: حرية الأطراف في ظل قضاء التحكيم

فمن الأسباب التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم، هو ما يتمتعون به من حرية لا حدود لها في ظل قضاء التحكيم، ابتداء من اختيار نوع التحكيم، فالأطراف لها أن تختار بين أن يكون التحكيم تحكيماً مؤسسياً أو تحكيماً خاصاً، كذلك يملك الأطراف أن يُحددوا مكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق التحكيم أو إجراءات التحكيم، والمدة التي يتعين على المحكم أن ينهي فيها المنازعة المعروضة عليه، وحرية الأطراف بالاتفاق صراحة بالتنازل عن حق الطعن في حكم التحكيم، كما للأطراف مطلق الحرية في تحديد المحكمين الذين يعرض عليهم النزاع (الحداد، حفيظة، 2007، ص ص: 27 ـ 28).

من هنا لا بد أن نقول إن التحكيم الإلكتروني يتمتع بذات المزايا التي يتمتع بها التحكيم التقليدي، إلا أن ما يميز التحكيم الإلكتروني عن الأخير أن التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت، دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد، فإذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو ببعض مراحله إلكترونياً، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 39).

ويثور في هذه المرحلة التساؤل هل التحكيم الإلكتروني يشكل تطوراً للتحكيم التقليدي أم هو بديل عنه؟

بعض الآراء ذهبت إلى القول بأن التطور التقني تبعه تطور في كل شيء، مثل الرسائل التي أصبحت إلكترونية ولا تحتاج إلى أوراق أو استخدام الفاكس أو البريد (الطراونة، مصلح والحجايا، نور، 2005).

والآخرون يرون بأنه لا يمكن تصور التحكيم دون المتطلبات التقليدية مثل الكتابة على الورق، والحضور المادي لجلسات التحكيم من الأطراف أو المحكمين، والتي هي من المظاهر الحيوية للتحكيم التقليدي الذي لا يجب أن يأخذ قالباً إلكترونياً (نصير، معتصم، دون تاريخ).

بهذا المفهوم، يرى الباحث بأن التحكيم الإلكتروني ما هو إلا خليط يجمع بين القواعد القانونية التقليدية من جهة والوسائل الإلكترونية من جهة أخرى، حيث تتمازج القواعد والشروط الخاصة بحل المنازعات، التي كانت مبنية على البنية التحكيمية، مع الوسائل الإلكترونية، بحيث يتم تطويع القواعد القانونية التقليدية لتتلاءم مع متطلبات التجارة الإلكترونية، بأن تجري جميع إجراءات التحكيم أو بعضها عبر استخدام الوسائل الإلكترونية، بداية من الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم وحتى صدور القرار التحكيمي، مما تسبب بولادة قواعد وأعراف جديدة شكلت نوعاً من الاستقلالية لهذا النوع الجديد من التحكيم.

لذا فإن توسط الممارسات الاجتماعية للقانون والتكنولوجيا، واللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كممارسة اجتماعية في الوسط الإلكتروني رتب آثاراً لا يمكن إنكارها، أهمها ظهور التحكيم الإلكتروني، والذي بدوره ينفرد بمزايا تُرَد في غالب الأحوال إلى الوسيلة الإلكترونية التي يتم خلالها ولعل من أهم مزايا التحكيم الإلكتروني ما يلي:

1- سرعة وسهولة إجراءات التحكيم الإلكتروني:

حيث لا يلتزم أطراف النزاع بالانتقال أو الحضور المادي أمام المحكمين، بل يمكن لهم المشاركة في جلسات التحكيم من خلال المحادثات الهاتفية والاتصالات الإلكترونية، وتبادل المستندات واللوائح عبر الإنترنت، كما تظهر هذه الميزة بوضوح فيما تعلق بالأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم الإلكتروني نظراً لسهولة الإجراءات التي تعتمد على التبادل الإلكتروني للمستندات والبينات الخاصة بالنزاع (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 37).

2- التقليل من النفقات:

إن واقع استخدام الوسائل الإلكترونية في التحكيم الإلكتروني، يؤدي إلى التقليل بشكل جذري من نفقات التحكيم فميزة التقليل من النفقات تتحقق بفعل استعمال الوسائل الإلكترونية في انعقاد الجلسات دون الحاجة إلى انتقال أطراف الخصومة أو الشهود أو الخبراء إلى مكان انعقاد الخصومة التحكيمية، بما يوفر من نفقات الانتقال والسفر والإقامة، بالإضافة إلى استعمال الوسائل الإلكترونية التي تمكن من تبادل المستندات واللوائح والمذكرات الخاصة بالنزاع إلكترونياً، بما يوفر من نفقات إرسال تلك المستندات بالوسائل التقليدية (يتوجى، سامية، المرجع السابق).

ولا يقتصر الأمر على ذلك بل يتعداه إلى أن المحكم الذي يتولى الفصل في النزاع التحكيمي شخص تتوافر فيه الخبرة الفنية والعلمية في منازعات التجارة الإلكترونية على وجه الخصوص، وهذا ما يقلل من النفقات اللازمة للاستعانة بالخبراء المختصين في موضوع النزاع (النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

3- تجنب قضايا الاختصاص التشريعي:

حيث صاحب الازدياد المتسارع في حجم العقود التجارية المبرمة إلكترونياً، زيادة في معدل الخلافات الناجمة عنها، والتي غالباً ما تخضع إلى نظم قانونية

مختلفة نظراً للطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت، الأمر الذي يترتب عليه؛ وقوع تنازع في القوانين والاختصاص والذي يعتبر من الصعوبة بمكان حله، نظراً لاختلاف القواعد المتعلقة بالإسناد من دولة إلى أخرى.

من هنا تبدو أهمية التحكيم الإلكتروني؛ إذ يكون اللجوء إليه أمراً مجدياً لحل مشكلة تنازع القوانين والاختصاص القضائي، من خلال تمكين الأطراف من الاتفاق بشأن القانون واجب التطبيق سواء؛ على موضوع النزاع أم على الإجراءات، بالنص صراحة على ذلك في شرط التحكيم أو في مشارطة التحكيم أو بالإحالة إلى لائحة مركز تحكيم معين (بني شمسه، رجاء، 2009).

علاوة على المزايا السابقة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، فإننا نجد أن التحكيم الإلكتروني يتمتع بالإضافة إلى مزايا التحكيم التقليدي بمزايا أخرى تأتي بمجملها بفضل الوسائل التي يمارس من خلالها وهي: (أبو الهيجاء، محمد، 2009، ص: 60)

1. إلكترونية النزاع: حيث يتم رفع النزاع من خلال شبكة الإنترنت، وإجراء الجلسات عن بعد، حيث تقوم الهيئة أو المحكم بعقد الجلسات عبر شبكة الإنترنت دون الحاجة إلى الالتقاء المادي لأطراف الخصومة.
2. إمكانية وسرعة استرجاع البيانات المقدمة إلى الهيئة.
3. سرعة إجراء المفاوضات واللقاءات بين الأطراف والهيئة.
4. سرية العملية التحكيمية: حيث يمنح التحكيم الإلكتروني الثقة والسرية للعملية التحكيمية من خلال توفير وسيط إلكتروني آمن يقتصر على المحتكمين والهيئة فقط.
5. حفظ الوثائق والتسجيلات المقدمة من المحتكمين بشكل إلكتروني.

يتقدم مما سبق أن التحكيم الإلكتروني يتمتع بمميزات وخصائص غير موجودة في التحكيم التقليدي، ومن هنا برزت الحاجة إلى التحكيم الإلكتروني.

البند الثالث: مشروعية نظام التحكيم الإلكتروني

من المعروف أن مبدأ سلطان الإرادة هو المحرك الأساسي في عملية التحكيم، حيث ينطلق التحكيم من اتفاق الخصوم، الذي يقيم كياناً عضوياً يعترف له النظام القانوني بسلطة الفصل في النزاع، ومن هنا يستمد التحكيم الإلكتروني شرعيته، وبذلك يعد اتفاق التحكيم الأساس القانوني له والدستور الذي يحدد نطاقه ومداه ويخرج موضوع النزاع من اختصاص القضاء، كما يستمد المحكمون منه سلطاتهم (عمر، نبيل، 2004، ص:27).

وعلى الرغم من كون التحكيم الإلكتروني امتداداً للتحكيم التقليدي ولا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة، فإنه لا يستمد شرعيته من اتفاق الأطراف فحسب، بل من مجمل المرتكزات التشريعية التي يقوم عليها التحكيم الإلكتروني والتي تتحصر في نوعين: **مرتكزات عامة**: تمثل الشريعة العامة للتحكيم التجاري الدولي ككل، وهي المعاهدات والاتفاقيات الدولية والإقليمية؛ **ومرتكزات متخصصة**: تمثل الشريعة العامة للبيئة الإلكترونية، وهي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، والقانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية، ولائحة المحكمة الإلكترونية، ومركز الوساطة والتحكيم (الويبو)، ونظام القاضي الافتراضي، وسنعرض لهذه المرتكزات على النحو التالي:

أولاً: المرتكزات التشريعية العامة.

ثانياً: المرتكزات التشريعية المتخصصة.

أولاً: المرتكزات التشريعية العامة

ازداد الاهتمام بالتحكيم التجاري بازدياد التبادل التجاري، وتوسع دائرة المعاملات التجارية والعلاقات الاقتصادية، حيث أصبحت العقود التجارية غالباً ما

تتضمن شرط التحكيم، رغبة من الأطراف المتنازعة في التعامل التجاري الدولي بتجنب إخضاع نزاعاتهم الناشئة عن تلك العلاقات إلى قضاء إحدى الدول، لذا وجد المجتمع الدولي الحاجة تستدعي إلى إعداد اتفاقيات تعالج القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري وكيفية الاعتراف بأحكام المحكمين (سامي، فوزي، 2006، ص: 29).

وسوف نتناول بالبحث تباعاً أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية التي ساهمت في تكريس وبلورة أحكام التحكيم التجاري، والتي تمثل الشريعة العامة لنظام التحكيم الإلكتروني.

1- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها:

تتلخص أهم أحكام هذه الاتفاقية بالمواضيع التالية:

أ- من حيث نطاق تطبيق الاتفاقية:

تأخذ الاتفاقية بمعيار مكان إصدار الحكم لمعرفة الحكم الأجنبي بالنسبة للدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها، حيث نصت المادة الأولى من الاتفاقية "هذه الاتفاقية تطبق على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ أحكام ناتجة عن الخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية..." غير أن المادة المذكورة تنص على حالة أخرى، وهي أن الحكم قد يصدر في الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها ومع ذلك يعتبر الحكم أجنبياً، ذلك لأن الدولة المذكورة لا تعتبره من الأحكام الوطنية، وفقاً لأحكام قوانينها النافذة حيث نصت الاتفاقية في ذات المادة "... وتطبق كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيها الاعتراف وتنفيذ الأحكام" (مقابلة، نبيل، 2006، ص ص: 114 ـ 116).

ب- *من حيث الاعتراف باتفاق التحكيم:*

نصت المادة الثانية من الاتفاقية على أنه: "1- تعترف كل دولة متعاقدة، بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بموجبه الأطراف اللجوء إلى التحكيم لحل منازعاتها التي نشأت أو ستنشأ عن علاقة قانونية معينة فيما بينها سواء أكانت علاقة تعاقدية أم غير تعاقدية، متى ما تعلقت بمسألة يجوز حلها بالتحكيم. 2- ويقصد بالاتفاق المكتوب، شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم وقعته الأطراف أو تضمنته رسائل أو برقيات متبادلة بينهم".

حيث أوجبت الاتفاقية أن يكون شرط أو مشارطة التحكيم مكتوباً، وأوردت أمثلة على الاتفاق المكتوب كأن يكون ذلك في العقد نفسه، أو في الرسائل المتبادلة، كما أوجبت على الدول المنضمة إلى الاتفاقية الاعتراف باتفاق التحكيم، لحل المنازعات الناشئة عن العلاقات العقدية أو غير العقدية، لكنها اشترطت في الوقت نفسه أن يكون موضوع النزاع من الأمور التي يمكن حلها بالتحكيم (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص ص: 38 ـ 39).

أما المادة الثالثة من الاتفاقية فقد نصت على أنه: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ...".

وجاءت باقي بنود الاتفاقية لتعالج موضوع الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث إنها يسرت كيفية الاعتراف باتفاق التحكيم، وكيفية تنفيذه بموجب إجراءات سهلة وواضحة.

2- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961):

تتلخص أهم أحكام هذه الاتفاقية بما يلي:

أ- **من حيث نطاق تطبيق الاتفاقية:** ذكرت الاتفاقية في المادة الأولى منها أن نطاق تطبيقها يشمل اتفاقيات التحكيم المعقودة لحسم

المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ عن عمليات التجارة الدولية التي تجري بين أشخاص طبيعيين أو معنويين عندما يكون لكل منهم وقت إبرام الاتفاق محل إقامة معتاد أو مركز للأعمال في دول متعاقدة مختلفة.

ب- من حيث اتفاق التحكيم: أوجبت الاتفاقية الأوروبية في المادة الأولى الفقرة الثانية أن يكون شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم مكتوباً، إلا أن الاتفاقية أكدت بشكل صريح على صحة اتفاق التحكيم الذي لا يتخذ شكل الكتابة إذا كان بين دول لا تشترط قوانينها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً.

ج- حرية الأطراف: أجازت الاتفاقية في المادة الثانية الفقرة الأولى للأشخاص الطبيعية والمعنوية إمكانية إبرام اتفاقات تجيز حل منازعاتها بالتحكيم.

كما أكدت الاتفاقية في المادة الرابعة منها على الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في اختيار المحكمين، ونوع التحكيم، واختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، وقانون الإجراءات الواجب اتباعه في سير عملية التحكيم، وتحديد مكان التحكيم.

وبذلك تتميز اتفاقية جنيف الأوروبية أنها تمثل خطوة إلى الأمام، متقدمة على اتفاقية نيويورك، فقد اهتمت بتنفيذ أحكام المحكمين، كما شملت الاتفاقية على مواد تعالج كافة مراحل التحكيم وأسسه، ابتداءً من آثار العقد التحكيمي، إلى تحديد وحصر القضاء المختص بإبطال الحكم التحكيمي، إلى حصر أسباب الأبطال (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 50).

3- اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى:

وتتلخص أهم أحكام هذه الاتفاقية بما يلي:

أ- **من حيث نطاق تطبيق الاتفاقية:** تطبق أحكام الاتفاقية على المنازعات المتعلقة بالاستثمارات والتي تنشأ بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى، وإن أحكام الاتفاقية لا تطبق على أطراف النزاع إلا إذا قبلت الأطراف المتنازعة باللجوء إلى حسم النزاع وفقاً للاتفاقية (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 57).

ب- **من حيث حرية الأطراف:** لم تحدد الاتفاقية صيغة محددة لاتفاق التحكيم، لذا يمكن أن يتم التعبير بوضع شرط التحكيم في العقد الخاص بالاستثمار أو في اتفاق مستقل أو بالنص بأن المنازعات تحسم وفقاً لاتفاقية واشنطن، كما أكدت الاتفاقية على مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات وفي حالة عدم الاتفاق تطبق هيئة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع (الأحدب، عبد الحميد، الكتاب الثاني، 2008، ص. 659، ص: 679).

ج- **حجية حكم التحكيم:** تنص الاتفاقية على أن حكم التحكيم يعتبر ملزماً بالنسبة للأطراف وغير قابل للطعن فيه فيما عدا الحالات المنصوص عليها بالاتفاقية، كما أوجبت الاتفاقية على الدول الأعضاء الاعتراف بأن جميع الأحكام الصادرة وفق الاتفاقية ملزمة، وأن تضمن تلك الدول تنفيذ الالتزامات المالية المطلوب تنفيذها على إقليمها كما لو كانت حكماً نهائياً صادراً عن

محاكم تلك الدول (الأحدب، عبد الحميد، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص ص: 698 ـ 699).

وبذلك تكون هذه الاتفاقية قد عكست ظهور نوع جديد من التحكيم متعلق بالنزاعات الناشئة ما بين الدول وما بين الأشخاص الأجانب المنتمين إلى القانون الخاص، وإن الاعتراف بالقرار التحكيمي بموجبها يعطي لهذا القرار القوة نفسها التي يتمتع بها الحكم القضائي الصادر عن أي بلد من البلدان الأعضاء الموقعين على الاتفاقية (الخالدي، إيناس، 2008، ص ص: 54 ـ 55).

4- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في سنة 1985 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

وتتلخص أهم أحكام هذا القانون بما يلي:

أ- **نطاق تطبيق القانون:** ينحصر تطبيق القانون النموذجي على التحكيم التجاري الدولي وقد حدد القانون في المادة الأولى منه الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً.

ب- **اتفاق التحكيم:** عرفت المادة السابعة من القانون اتفاق التحكيم بأنه "هو اتفاق الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

ويتبين لنا أن اتفاق التحكيم حسبما ورد في المادة السابعة، يمكن أن يكون ضمن شرط تحكيمي سابق للنزاع أو باتفاق لاحق للنزاع، لكن يجب أن يكون الاتفاق مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا

ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي، أو في تبادل المطالبة والدفاع الذي يدعي فيه أحد الطرفين وجود الاتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، أو بالإشارة إلى عقد ما مشتمل على شرط تحكيم.

ج- **استقلالية اتفاق التحكيم:** كرس القانون النموذجي قاعدة استقلالية الاتفاق التحكيمي عن العقد الأصلي من خلال: إعطاء السلطة للمحكم الفصل في موضوع اختصاصه، وإعطاء السلطة للمحكم البحث في وجود صحة العقد الأصلي الذي يرد فيه شرط التحكيم واعتبار أن شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي لا يخضع بالضرورة إلى مصير العقد الأصلي بل يعد اتفاقاً مستقلاً عنه **(الأحدب، عبد الحميد، الكتاب الثاني، 2008، ص ص: 125 ـ 126).**

د- **حجية القرار التحكيمي:** نصت المادة (35) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه "1- يكون قرار التحكيم ملزماً، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه...".

كما أكدت المادة (36) من القانون ذاته على أنه، لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أو رفض تنفيذه بغض النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا للأسباب الواردة حصراً في القانون.

وعالجت باقي مواد القانون كافة مراحل التحكيم، ابتداءً من تحديد المقصود باتفاق التحكيم وآثار العقد التحكيمي، إلى تشكيل هيئة التحكيم واختصاصاتها وسير مجريات العملية التحكمية حتى إصدار القرار التحكيمي والطعن فيه.

5- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987:

تعتبر هذه الاتفاقية أول اتفاقية عربية تُعنى بشؤون التحكيم التجاري، وقد نصت على إنشاء مركز عربي للتحكيم وتتلخص أهم أحكامها:

أ- **من حيث نطاق تطبيق الاتفاقية:** وفقاً للمادة الثانية من الاتفاقية فإنها تطبق على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أياً كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم فيها مقار رئيسة، وبذلك جعلت الاتفاقية من النزاعات التجارية المحور الوحيد في إطار نطاقها (الجبران، صادق، 2006، ص ص: 35 ـ 36).

ب- **من حيث اتفاق التحكيم:** لما كانت المرحلة الأولى التي يمر بها التحكيم التجاري تبدأ باتفاق التحكيم، فقد عُنيت المادة الثالثة من الاتفاقية بذلك، حيث نصت على أنه "يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين: الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع".

ج- **حجية القرار التحكيمي وتنفيذه:** بينت المادة الخامسة والثلاثون من الاتفاقية، الجهة المختصة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات التحكيم في كل بلد، فقد نصت على أنه "تختص المحكمة العليا بكل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام" ويلاحظ أن المحكمة المذكورة لا تستطيع رفض إضفاء الصيغة التنفيذية على قرار التحكيم إلا إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام (الجبران، صادق، المرجع السابق، ص: 176).

واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري تتكون من (42) مادة عالجت فيها الأحكام العامة للاتفاقية المواضيع التالية: المركز العربي للتحكيم التجاري، هيئة التحكيم، إجراءات التحكيم، قرار التحكيم، وتكون بذلك الاتفاقية قد خطت خطوات متقدمة في مجال التحكيم التجاري، كما تعتبر من أهم الاتفاقيات العربية في مجال التحكيم باعتبارها الاتفاقية الوحيدة التي نظمت التحكيم في العلاقات التجارية بين الدول العربية على أساس مؤسسي (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 55).

ثانياً: المرتكزات التشريعية المتخصصة

رغبة في الإفادة من الإمكانات التي تتيحها شبكة الإنترنت والوسائل الإلكترونية، فقد اتجه التفكير إلى تجييرها واستخدام وسائطها في إنجاز إجراءات الطرق التقليدية البديلة لتسوية المنازعات كالتحكيم، وقد وجدت طرق تسوية المنازعات الإلكترونية تطبيقات فعلية ومتنوعة وشاملة بفضل عدد من الاتفاقيات واللوائح التي وإن كانت لا تتعلق مباشرة بالتحكيم الإلكتروني، إلا أنها تتناول البيئة الخاصة بالتجارة الإلكترونية (مقابلة، نبيل، 2007).

لذا سنتعرض لما يلي:

1- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996:

تم إصدار هذا القانون من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال)، وهذا القانون النموذجي يعتبر الغرض منه أن يقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دولياً بشأن كيفية إزالة العقبات القانونية أمام التجارة الإلكترونية، وتهيئة بيئة قانونية أكثر أماناً لمعاملات التجارة الإلكترونية، وفي سبيل تحقيق ذلك أخذ القانون بمبدأ التناظر الوظيفي، أي التكافؤ بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية سواء أكان ذلك من حيث

القيمة القانونية أم من حيث الوظائف (المومني، عمر، 2003، ص:76؛ متاح على الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org).

2- القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني لعام 2001:

وهو كالقانون السابق صادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال)، حيث جاء هذا القانون النموذجي ليطبق حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق الأنشطة التجارية، والغاية منه هي التغلب على الصعوبات التي تكتنف إثبات المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، وفي سبيل تحقيق ذلك حدد القانون الشروط الواجب توافرها في التوقيعات الإلكترونية، على نحو يتفق مع مفهوم وشروط التوقيعات التقليدية، وأنه يستوي أن يكون الشخص الموقع شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وأنه يجوز أن يقوم بالتوقيع الشخص نفسه أو من يمثله قانوناً، كما أخذ القانون بمبدأ التناظر الوظيفي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، حيث أكدت المادة السادسة من هذا القانون أنه حيثما اشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفياً بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به (متاح على الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org).

3- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005:

تهدف هذه الاتفاقية إلى اعتماد قواعد قانونية موحدة لإزالة العقبات القائمة أمام استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وفي سبيل تحقيق الغرض من الاتفاقية، أخذت الاتفاقية بمبدأ التناظر الوظيفي، أي التكافؤ بين الخطابات الإلكترونية والكتابات الإلكترونية والتواقيع الإلكترونية من جهة، وبين الكتابات العادية والتواقيع التقليدية من جهة أخرى، سواء من حيث القيمة

أم مـن حيـث الوظيفـة (إبراهيم، خالـد، 2008، ص. 287؛ متاح على الموقع الإلكتروني: www.uncitral.org).

4- التوجيه الصادر عن الاتحاد الأوروبي لعام 2000:

قـام الاتحـاد الأوروبـي بتوجيـه الـدول الأعـضاء، بـأن لا تـضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونيـة تحـول دون استخدام آليات تسوية المنازعـات إلكترونياً بعيداً عـن القضاء، حيث أكـد التوجيـه الأوروبـي رقـم 31 لـسنة 2000 (المسمى بتوجيه التجارة الإلكترونية) في المادة الأولى منـه على أنـه "تسمح الـدول الأعـضاء لموردي خـدمات المعلومـات والمتعـاملين معهـم بتـسوية منازعـاتهم بعيـداً عـن أروقـة المحاكم، وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العـالم الإلكتروني، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات" (مقابلة، نبيل، 2007).

5- المنظمة العالمية للملكية الفكرية "WIPO":

تـضطلع المنظمـة العالميـة للملكيـة الفكريـة بـأداء دور متعـاظم الأهميـة في علميـة تطـوير وتفعيـل نظـام التحكـيم الخـاص بالتجـارة الإلكترونيـة، وتنظـيم المنازعات الخاصة بالإنترنت، المتعلقـة أساسـاً بالملكيـة الفكريـة وأسمـاء الـدومين والعلامات التجارية، ولقد تمكن هذا النظام من التغلب بفاعلية على العديد من العقبات، من حيث إنه سمح بحرية اختيار القانون واجب التطبيق، ووحدة الجـزاء رغم اختلاف الجنسيات، وخاصةً بالنظر إلى أن حل النزاعات التجارية ذات الصلة بحقوق الملكيـة الفكريـة بسرعـة كبيرة وتكلفـة قليلـة، وتقديم الحلـول البديلـة للأسـاليب القـضائية طويلـة الأمـد والمكلفـة للطـرفين يعتـبر أمـراً حيويـاً جـداً للأطراف المتنازعة (يتوجي، سامية، المرجع السابق).

6- نظام القاضي الافتراضي "Virtual magistrate":

نشأ هذا المشروع في الولايات المتحدة الأمريكيـة سـنة 1996 باشـتراك كـلٍ

من مركز فيلانوفا ومعهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية (Cyber Space Law Institute) وبتعاون من الجمعية الأمريكية للمحكمين (A A A) ويهدف هذا المشروع إلى إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت، وذلك عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية، ويتم تعيين المحكم وفقاً لهذا النظام بواسطة جمعية المحكمين من بين قائمة معدة سلفاً للمحكمين المؤهلين (بني شمسه، رجاء، المرجع السابق).

هذا ويختص نظام القاضي الافتراضي بالنظر في المنازعات الناشئة عن استخدام الشبكات المعلوماتية، أو بين مستخدميها وبين القائمين على إدارتها، والتي يطلب من خلالها أحد المستخدمين جبر الضرر الذي لحقه نتيجة رسائل أو معلومات لا تستوفي الشكل القانوني، وتتكون محكمة التحكيم وفقاً لهذا النظام من محكم واحد أو ثلاثة محكمين حيث يقوم القاضي الافتراضي المعين بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخصومة وفقاً لهذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني ويفصل في النزاع خلال (72) ساعة، ويكون القرار الذي يصدره مجرداً من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف، وتصدر جميع القرارات علناً ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك (إبراهيم، خالد، **2008**، ص: **264**).

7- المحكمة الإلكترونية "Cyber Tribunal":

تعتبر المحكمة القضائية أحد أهم المشاريع التي تستخدم الوساطة والتحكيم على حد سواء، حيث نشأت هذه المحكمة في كلية الحقوق في جامعة مونتريال في كندا في عام 1996 تحت رعاية "مركز أبحاث القانون العام"، والهدف من إنشاء هذه المحكمة الإلكترونية هو وضع نظام أو آلية

لتجنب وحل المنازعات التي تنشأ من استخدام الفضاء المعلوماتي، وذلك من خلال تقديم خدمات التحكيم عبر قنوات ووسائط إلكترونية، ووضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية، وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية من ناحية أخرى **(يتوجي، سامية، المرجع السابق؛ مقابلة، نبيل، 2007).**

ووفقاً لنظام هذه المحكمة تتم كافة الإجراءات على موقع المحكمة بشكل إلكتروني، بداية من طلب التسوية، ومروراً بالإجراءات وانتهاء بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة، وتختص المحكمة بالنظر في المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أو بالمنافسة غير المشروعة أو بحقوق المؤلف أو بالعلامات التجارية، فهي تختص إذاً بنظر المنازعات المتعلقة باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات **(إبراهيم، خالد، 2008، ص: 265).**

نجد من خلال ما استعرضناه فيما يتعلق بالمصادر والمرتكزات التي يستمد منها نظام التحكيم الإلكتروني شرعيته، أن التحكيم الإلكتروني أصبح حقيقة واقعة في العالم الذي يرغب في تطويع وإخضاع التكنولوجيا الحديثة للاستخدام العملي والذي يتوافق مع المستجدات المتواصلة، وأن هذه المرتكزات التشريعية العامة والخاصة ساهمت في وضع نظام التحكيم الإلكتروني في خضم العالم الافتراضي وتكريس أحكامه التي أصبحت بعد نضجها جزءاً من النظام القانوني المنظم للتجارة الإلكترونية.

البند الرابع: الأسباب الدافعة لقيام القاضي الوطني بتفعيل نظام التحكيم الإلكتروني

لقد جرى الإقرار التشريعي والإبرام القضائي والاجتهاد الفقهي أن سبب الأخذ بالتحكيم أنه من أخص واجبات الدول إقامة العدل بين الناس والمحافظة

على أرواحهم وأعراضهم وحرياتهم وأموالهم، وأن تعمل على أن يبلغ العدل مداه ويصل الحق إلى ذويه في وقته ويكف المعتدي عن أذاه ويزدجر الآخرون، لذا لم تترك الدول سبيلاً إلى ذلك إلا اتبعته ولا طريقاً إلى هذه الغاية إلا سلكته آخذةً في اعتبارها طبيعة الإنسان وما جبل عليه من حب للأمان والاستقرار، فوجدت القضاء وعهدت إليه طبقاً للمواثيق والدساتير بالوظيفة القضائية، وفتحت في الوقت ذاته باب التحكيم للخصوم، فأجازت الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لذوي الشأن للاتفاق على طرح ما ينشأ بينهم من نزاع على أفراد يمنحونهم الثقة ويطمئنون لقضائهم ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة وبغير أن تكون لهم أوضاع القضاء والولاية العامة في نظر الخصومات والفصل فيها، وهو بمنأى عن شطط الخصوم واللدد فيها، وبذلك يتسنى تجنب كثير من النفقات وتحقيق سرعة الفصل في النزاع الأمر الذي تتحقق به رغبة الدول الدائمة في زيادة التيسير على المتقاضين (المومني، أحمد، 1983، ص ص: 57 – 58).

فالهدف إذن من التحكيم هو التيسير على المتقاضين باختصار النفقة والوقت واحترام إرادتهم بما يثقون به لفض نزاعاتهم بأيسر السبل، ولذلك فقد أُقِر التحكيم من قبل أغلب تشريعات الدول بحيث أصبح يستمد وجوده من اجتماع إرادة الخصوم وإقرار المشرعين لهذه الإرادة، ولعل أسباب قيام القاضي الوطني بتفعيل التحكيم الإلكتروني تعود إلى أنه نتج عن التشابك في العلاقات الإنسانية تطور كمي ونوعي في النزاعات المدنية التي لم تعد تتسم بالبساطة والوضوح، بل أصبحت أكثر تعقيداً وغموضاً وعدداً في عصر يمتاز بالتقدم التكنولوجي والتداخل الفكري ويشهد ثورة غير مسبوقة في تقنيات الاتصالات وتدفق المعلومات وما تتيحه وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت من ترتيب العلاقات وإبرام العقود، كل ذلك استلزم البحث عن حلول بديلة عن أروقة المحاكم لفض المنازعات الناشئة عنها.

للأسباب المتقدمة وبسبب ظاهرة ازدياد عدد المنازعات التي ترفع أمام القضاء نتيجة زيادة عدد السكان وازدياد معدل تعاملاتهم وبالتالي زيادة الخلافات الناشئة عن تعاملاتهم زيادة لا يقابلها زيادة في عدد القضاة والمحاكم، لذا أصبحت محاكم العالم تشهد ازدياداً كبيراً في أعداد القضايا المنظورة أمامها، كذلك أدّى تعقد وتشعب هذه المنازعات إلى ظاهرة طول أمد التقاضي الناتجة عن تعقد إجراءات التقاضي وكثرة القيود الزمنية والشكلية (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 60).

إن بطء إجراءات التقاضي وتأخر الفصل في المنازعات المعروضة أمام القضاء، تتسبب بفقدان الحق بريقه وأهميته، لأنه لا يكفي لتحقيق العدالة بين المتخاصمين إعطاء كل ذي حق حقه، وإنما ينبغي ألا تأتي العدالة بطيئة بعد فوات الأوان، فبدأت المناداة بضرورة توفير أساليب جديدة سريعة وفاعلة وملائمة لحل تلك المنازعات الإلكترونية.

من هنا يلعب نظام التحكيم الإلكتروني دوراً مهماً في تخفيف العبء عن المحاكم الوطنية، إذ إن طرح بعض القضايا على التحكيم من شأنه إنقاص عدد القضايا الواردة إلى محاكم الدولة، لذلك فإن تقليل عدد القضايا التي تحال إلى المحاكم، سيسهم في تخفيف العبء الواقع على كاهل القضاة، الأمر الذي يعتبر أحد أهم المبررات التي تدفع القاضي الوطني إلى أداء دور خلاق في تفعيل التحكيم الإلكتروني، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن التحكيم الإلكتروني يسوده مبدأ سلطان الإرادة كونه عقداً يتم بتلاقي إرادتين باختيار التحكيم وسيلة لتسوية نزاع قائم أو محتمل الوقوع، فبمقتضى اتفاق التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم ليفصل فيه بحكم ملزم لهم، لذلك أقر

التحكيم من قبل المشرع بحيث أصبح يستمد وجوده من اجتماع إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة بنصوص تشريعية، لذا فإن إقرار القاضي الوطني للتحكيم الإلكتروني ما هو إلا إعمالٌ لإقرار المشرع لإرادة الخصوم.

من خلال ذلك يتوجب على المحاكم الوطنية إقرار اتفاق الخصوم على اتخاذ التحكيم وسيلة بديلة لفض منازعاتهم، وإن انصب الاتفاق على أن يتم التحكيم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة والوسائط الإلكترونية الأخرى.

المحور الثاني: الإطار الموضوعي الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني

ظهر التحكيم الإلكتروني كوسيلة مطورة للتحكيم بصورته التقليدية، لحسم المنازعات عموماً والتي تبرم عبر الإنترنت خصوصاً، حيث يعد التحكيم الإلكتروني واحداً من الوسائل البديلة لفض المنازعات الحقوقية، إلا أن ظهوره لم يكن خالياً من العقبات القانونية، فالتحكيم يبدأ باتفاق، وهذا الاتفاق له أحكامه الخاصة، لعل من أهمها الشكلية المطلوبة لانعقاده، فإذا أبرم هذا الاتفاق عبر الإنترنت فإن التساؤل يثار عما إذا كان بالإمكان استيفاء هذه الشكلية (النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

كما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يعد عقداً إلكترونياً، ويخضع في تنظيمه إلى القواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد، ومن ثم تثور بهذا الصدد العديد من التساؤلات، كتلك المتعلقة بكيفية إعمال الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد اتفاق التحكيم الإلكتروني، ومدى صحة وقوة إلزام هذا الاتفاق لأطرافه، خاصة وأنه يبرم عن بعد دون تواجد مادي لأطرافه (بني شمسه، المرجع السابق).

ولمعالجة العقبات التي يثيرها نظام التحكيم الإلكتروني بشقه الموضوعي، قسمنا هذا المحور إلى البنود التالية:

البند الأول: ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني.

البند الثاني: الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني.

البند الثالث: الشروط الشكلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني.

البند الأول: ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني

يبدأ اتفاق التحكيم الإلكتروني باتفاق أطراف النزاع اللجوء إليه كوسيلة لفض المنازعات شأنه بذلك شأن التحكيم التقليدي، فاتفاق التحكيم هو الخطوة الأولى في التحكيم وهو أساس قيامه، وانتفاء هذا الاتفاق معناه انتفاء التحكيم.

وبينّا فيما سبق أن اللجوء إلى التحكيم أضحى أمراً طبيعياً، لما يتسم به من سرية وما يتمتع به من سرعة في إصدار الأحكام، فضلاً عن تحرره وبعده عن التعقيدات التي تمر بها الدعوى أمام القضاء العادي، ولتعاظم الدور الذي يلعبه التحكيم في تسوية المنازعات التجارية، فإنه لا بد أن يكون وليد إرادة حرة وصادقة من الأطراف، إذ لا يمكن التمسك به إلا باتفاق صريح سواء أدرج كشرط من شروط العقد أو تم الاتفاق عليه بصورة مستقلة أو بالإحالة في العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى تتضمن شرطاً للتحكيم.

ولتحديد ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني سنتعرض بالبحث للمواضيع التالية:

أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني.

ثانياً: طبيعة اتفاق التحكيم الإلكتروني.

ثالثاً: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني.

أولاً: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم أمراً استثنائياً فلا يجوز للأطراف التمسك به إلا باتفاق صريح بينهم على اللجوء إلى التحكيم التقليدي أو الإلكتروني بدلاً من اللجوء إلى المحاكم العادية، وعليه فإن اتفاق التحكيم يعد جوهر العملية التحكمية (إبراهيم، خالد، 2008، ص:274).

ويعرف اتفاق التحكيم بأنه: "ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوؤها بينها من خلال التحكيم، وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية" (الحداد، حفيظة، 2007، ص: 117).

وذهب البعض إلى أن اتفاق التحكيم هو: "قضاء خاص ينشأ عادة عن مصدر اتفاقي، يجعل محاكم الدولة غير مختصة بنظر النزاع، وهو الذي يمنح المحكم سلطة الفصل فيه بقرار ملزم، بل إن هذا الاتفاق هو الذي يهيمن على مسيرة التحكيم ابتداءً من اختيار المحكم وانتهاءً بمدى قابلية قراره للطعن مروراً بالقواعد التي يطبقها المحكم موضوعية كانت أم إجرائية، فضلاً عن تحديد مهمة المحكم" (خليل، أحمد، 2003، ص: 27).

وقد أورد قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 تعريفاً لاتفاق التحكيم في المادة (1/10) جاء فيه: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية" كما ورد في الفقرة الثالثة من ذات المادة المذكورة أنه "ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل

إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد" وهذا التعريف الذي جاء به القانون المصري مأخوذ عن نص المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي جاء فيه أن اتفاق التحكيم هو" اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية".

ولا يختلف ذلك كثيراً عما ورد في التشريعات المقارنة، حيث تبنى قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (11) لسنة 1992 هذا المفهوم لاتفاق التحكيم في المادة (203) منه، اذ نصت هذه المادة على أنه "1- يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة".

ولا يخرج التعريف الذي أورده قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة قطر في المادة (190) منه عن ذلك، حيث تضمنت هذه المادة أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين".

أما المشرع الأردني، فلم يعرف اتفاق التحكيم، إلا انه اكتفى بالإشارة إليه وذلك في نص المادة (3) من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 التي أجازت الاتفاق على التحكيم في النزاعات المدنية أو التجارية بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية.

ويجد الباحث أن المشرع الأردني -كما هو الحال في غالبية التشريعات

الوطنية الأخرى . لم يعزه تعريف اتفاق التحكيم كون أن مهمة وضع التعاريف من مهام الفقه والفقهاء، وعليه نجد أنه نادراً ما يتدخل المشرع بوضع تعريف لفكرة ما، إلا في حالات استثنائية كأن يرغب المشرع في حسم نزاع فقهي قائم أو أن يكون ذلك التعريف مغايراً لمعنى مستقر بالأذهان، أما الاجتهاد القضائي فهو مستقر على بيان المقصود باتفاق التحكيم حيث قضت محكمة التمييز الأردنية الموقرة بالآتي: "أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ويقتصر على ما تنصرف إليه إرادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم" (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1994/1774، تاريخ 1995/3/26، منشورات مركز عدالة).

كما قضت محكمة التمييز الأردنية الموقرة بالآتي: "... ولما كان عقد التحكيم هو عبارة عن عقد بمقتضاه يتفق شخص أو أكثر على إحالة نزاع نشأ بينهما في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدلاً من الالتجاء إلى القضاء المختص، وإذا وجد مثل هذا الشرط التزم الطرفان به وليس لهما أن يطرحا على المحكمة نزاعاً اتفقا على أن يكون الفصل فيه بواسطة المحكمين" (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2007/2140، تاريخ 2007/12/13، منشورات مركز عدالة).

في حين أشارت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بمناسبة تعرضها لتعريف التحكيم إلى بيان المقصود من اتفاق التحكيم حيث قضت بالآتي: "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، فلا

يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو إلى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل ـ دون الجمع بينهما ـ اتفاق، أو يفض مع الفصل بينهما خلاف" (**قرار محكمة النقض المصرية، طعن رقم 52 لسنة 60 قضائية، جلسة 1994/2/27**).

ولا يختلف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن ذلك، إلا أنه يتم عبر الوسائط الإلكترونية وشبكات الاتصال الحديثة، وبالرغم من ذلك ونظراً لحداثة نظام التحكيم الإلكتروني فإنه لا يوجد تعريف موحد له، فقد اختلف الفقه في تعريفه لاتفاق التحكيم الإلكتروني **فمنهم من عرفه بأنه**: "يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر شبكات الاتصال كالإنترنت دون حاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد" **(إبراهيم، خالد، 2008، ص: 278)**.

ومنهم من عرفه بأنه: "هو العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات وبقصد أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية" **(الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص:203)**.

ويرى الباحث أن التعريفين السابقين تناولا بالتحديد مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني على النحو الذي تتضح معه ماهيته، ومع ذلك فإن التعريف الأول يسمح بالقول إذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو في بعض مراحله إلكترونياً، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكمية **(إبراهيم، خالد، 2008، ص: 279)**.

في حين يذهب أصحاب التعريف الثاني إلى القول بأن اتفاق التحكيم الإلكتروني عبارة عن التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض بالتحكيم مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات بقبول مطابق صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف فصل جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية بالتحكيم الذي تتم مراحله بأكملها بشكل إلكتروني (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص:203).

والباحث يرجح التعريف الأول إذ إن مصطلح اتفاق التحكيم الإلكتروني له معنيان **الأول**: كون أطراف النزاع اتفقوا على تسوية نزاعاتهم عن طريق وسائل التحكيم التقليدية، ولكن التوصل إلى اتفاق التحكيم إنما تم عن طريق الوسائل الإلكترونية، والثاني: أن أطراف النزاع اتفقوا على اللجوء لحل خلافاتهم عن طريق استخدام وسائل التقنية الحديثة، وأن هذا الاتفاق يمكن إبرامه إما من خلال نسخة ورقية، أو عن طريق شبكة الإنترنت (Lin Yu, H. & Nasir,m. ,2003).

مما سبق يمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه: ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه الأطراف بعرض منازعاتهم التي نشأت أو المحتمل نشوؤها مستقبلاً في علاقاتهم على التحكيم الذي يمكن أن تتم مراحله بشكل كامل أو جزئي عبر الإنترنت أو وسائل الاتصال الحديثة الأخرى دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد.

ثانياً: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

نقصد بالطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، التكييف أو التأصيل القانوني لهذا الاتفاق، فهل يعتبر هذا الاتفاق عقداً من العقود التي ينظمها القانون في مجال الالتزامات وبالتالي يخضع إلى الأحكام التعاقدية واجبة التطبيق في هذا

الشأن، أم أنه يعتبر اتفاقاً من نوع خاص، لا يندرج تحت أية طائفة عقدية؟ وهل يعتبر التحكيم من التصرفات القانونية، أم يعتبر من الأعمال الإجرائية؟

في الحقيقة إن اتفاق التحكيم يعتبر اتفاقاً من نوع خاص، لا يمكن إدراجه تحت أية طائفة من العقود التي تنظمها القوانين الخاصة، بمعنى آخر يدخل اتفاق التحكيم في إطار القانون الخاص ويهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إنشاء التزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع الذي يثار بينهم إلى التحكيم، والتنازل عن حقهما باللجوء إلى القضاء، وهو بهذا المفهوم لا يخرج عن كونه عقداً، وبذلك تتحدد طبيعته القانونية، فهو في الواقع تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر وبالتالي لا يمكن عده عملاً إجرائياً، ذلك أن هذا الاتفاق يبرم قبل بدء الخصومة، فلا يمكن اعتباره عنصراً من عناصرها، وما دام ليس عنصراً في الخصومة، فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة، ولا يعد بالتالي عملاً إجرائياً (مخلوف، أحمد، 2005، ص ص: 54 – 56).

ويترتب على انتفاء صفة العمل الإجرائي عن اتفاق التحكيم، أن القانون الذي يحكم صحة اتفاق التحكيم سواء من الناحية الموضوعية أو الشكلية ليس هو القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بل هو قانون الإرادة الواجب تطبيقه على الاتفاق، باعتبار أن اتفاق التحكيم يعتبر تصرفاً قانونياً وليس عملاً إجرائياً (خليل، أحمد، 2003، ص ص: 13 – 15؛ عمر، نبيل، 2004، ص ص: 33 – 35).

وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يتعيّن تحديده في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف حرة في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وعلى المحكم أو القاضي الوطني – في حالة رقابته على حكم التحكيم إذا ما طعن على هذا الحكم أمامه أو أثناء نظره بطلب تنفيذ حكم التحكيم - أن يحترم هذا الاختيار (الحداد، حفيظة، 2007، ص: 163).

لكن في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون واجب التطبيق، يتعيّن على المحكم أو القاضي حسب الأحوال تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم مستهدياً بالعوامل والقرائن التي يمكن الرجوع إليها بغية التوصل إلى الإرادة المشتركة للأطراف أو الإرادة الضمنية، والتي تفيد في التركيز الموضوعي للاتفاق في إطار قانوني محدّد (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 37 – 38).

ولا تختلف طبيعة اتفاق التحكيم الإلكتروني عن طبيعة اتفاق التحكيم التقليدي، فاتفاق التحكيم الإلكتروني يعد كذلك تصرفاً قانونياً من جانبين إلا أنه يبرم عبر الوسائط الإلكترونية، ومهما كان نوع اتفاق التحكيم - تقليديّاً أم إلكترونيّاً - وإن كان يعتبر تصرفاً قانونيّاً وعقداً مستقلاً عن خصومة التحكيم، إلا أن هذا لا يعني نفي أية رابطة بينهما، فالخصومة لا تتحرك إلا إذا تم طرح النزاع على التحكيم بموجب اتفاق التحكيم، وهذا يعني بدوره أن اتفاق التحكيم مرتبط بعلاقة قانونية أخرى تسبقه أو تعاصره في الوجود، وأن الهدف من اتفاق التحكيم هو تحديد الوسيلة التي يفض بها النزاع الذي ينشأ في إطار هذه العلاقة القانونية (النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

ثالثاً: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

أورد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة السابعة منه، تعريفاً لاتفاق التحكيم جاء فيه "هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة اتفاق منفصل"

ويقابل هذه المادة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 المادة (11) منه، وفي قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المادة (10) منه، ويستفاد من هذه القوانين وباقي التشريعات المقارنة التي لا تختلف كثيراً عما ورد في القانون النموذجي أن اتفاق التحكيم يمكن أن يأتي قبل نشوء النزاع أو بعده، فإذا جاء قبل نشوء النزاع سمي بشرط التحكيم، أما إذا جاء بعده سمي ذلك مشارطة التحكيم، كذلك يمكن أن يأتي الاتفاق من خلال الإحالة إلى عقد أو مستند يشتمل على شرط التحكيم وهو ما يطلق عليه اسم شرط التحكيم بالإحالة (مخلوف، أحمد، **2005**، ص:**32**).

وهذه الصور لا تثير أية مشكلة في مجال التحكيم الإلكتروني لإمكان إجرائها بين الأطراف بالوسائل الإلكترونية على النحو المتعارف عليه في كثير من دول العالم سواء في شكل شرط بالعقد الذي أثير النزاع بشأنه أو باتفاق لاحق عن طريق المشارطة، أو من خلال شرط الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم الإلكتروني (جبران، محمد، **2009**).

1- شرط التحكيم الإلكتروني:

يمكن تعريف شرط التحكيم بأنه: اتفاق يلتزم بمقتضاه الأطراف بموجب نص في العقد المبرم بينهم ـ سواء أكان العقد عقداً تقليدياً أم إلكترونياً ـ على عرض المنازعات التي من المحتمل أن تنشأ بينهم في مستقبل هذه العلاقة إلى التحكيم.

ويتبين لنا من ذلك أن شرط التحكيم يتم الاتفاق عليه قبل حدوث النزاع، وأنه يأتي كبند من بنود العقد وقد يرد أيضاً ذلك الشرط ويفرغ في اتفاق مستقل قبل حدوث أية نزاعات، فالعبرة إذن هي بلحظة الاتفاق على التحكيم، فإذا جاءت هذه اللحظة قبل ظهور بوادر النزاع فذلك هو شرط التحكيم، يستوي بعد

ذلك أن يأتي في العقد نفسه أو مستقلاً عنه (خليل، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 41 ـ 44، الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص:255).

وبذلك وإن كان شرط التحكيم يرد في الغالب في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، سواء أكان العقد تقليدياً أم إلكترونياً، إلا أن ذلك ليس بلازم، إذ قد يقع الشرط موضوع الاتفاق على التحكيم قائماً بذاته ومنفصلاً عن العقد موضوع التحكيم، ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرطٌ للتحكيم، ما دام الاتفاق عليه قد تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحتكمين (التحيوى، محمود، 2006، ص: 33، حداد، حمزة، 2007، ص: 91).

2- مشارطة التحكيم الإلكتروني:

يمكن تعريف مشارطة التحكيم بأنها: اتفاق الأطراف في عقد مستقل ـ سواء أكان العقد عقداً تقليدياً أم إلكترونياً ـ على عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل على التحكيم.

وتختلف المشارطة بهذا المعنى عن شرط التحكيم، فإذا كان الأخير يقع الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع، فإن المشارطة يقع الاتفاق عليها بعد نشوء النزاع وفي وقت لاحق ومستقل عن العقد الأصلي (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص:37).

وتبرز أهمية التفرقة بين شرط ومشارطة التحكيم في أن قوانين بعض الدول كالقانون الأردني والمصري والإماراتي، تطلبت في المشارطة تحديد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً، والنص على ذلك لا يعني من وجهة نظر الباحث ضرورة بيان تفصيلات النزاع بشكل دقيق، وإنما يكفي بيان ماهية المسائل التي يشملها التحكيم وتفصيلات النزاع بشكل إجمالي وهذا ما ذهب إليه البعض أيضاً (مطر، عصام، 2009، ص: 73).

ويرى البعض الآخر أن التفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم

تفتقد لأية فائدة عملية في إطار العلاقات الدولية، لذلك نجد بعض المعاهدات الدولية مثل معاهدة نيويورك لسنة 1958، ومعاهدة جنيف لعام 1961؛ لا تقيم أية تفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، بل تعالج هاتين الصورتين تحت مسمى واحد وهو اتفاق التحكيم دون التمييز بينهما (إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 276 – 277).

3- شرط التحكيم بالإحالة:

يقصد بهذه الصورة، إشارة المتعاقدين في عقد من العقود إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص: 43).

وقد نصت المادة (7) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

وتقابل هذه المادة في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 المادة (10/ب) منه، وفي قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المادة (3/10) منه، ويفترض شرط التحكيم بالإحالة أن العقد الأساسي الذي ورد بين المتعاملين قد جاء خالياً من شرط التحكيم العادي وتتجه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بالشروط العامة أو العقود النموذجية لتنظيم أو تكملة ما ورد في العقد من أحكام، ولأن هذه الشروط أو تلك العقود تتضمن شرط التحكيم، فإن الإحالة إليها هي التي تجعلنا أمام هذا النوع من اتفاق التحكيم (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 260).

ويتلخص الاجتهاد القضائي الذي سار عليه القضاء في العديد من الدول

على أن شرط التحكيم بالإحالة لا يفترق عن شرط التحكيم العادي أو مشارطة التحكيم في قوته الإلزامية، فمجرد أن تتضمنه الوثيقة المشار إليها في العقد الأساسي يصبح وكأنه منصوص عليه في هذا العقد، ولا يقدح في ذلك ادعاء أحد الأطراف أنه كان يجهل تضمن الوثيقة له، إذ إنه بحكم تعامله في نشاط تجاري معين، محل تنظيم شروط عامة أو عقود نموذجية يفترض أنه يعلم به، أما إذا كانت الإحالة إلى وثيقة محل تنظيم خاص من أحد الأطراف أو إلى عقد سابق ليس محرراً بينهما، فإنه يشترط اطلاع الطرف الآخر على هذه الوثيقة لحظة إبرام العقد وقبوله بما ورد فيها من أحكام حتى يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد فيها عند تسوية النزاع حسبما ورد في أحد المؤلفات (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 44 – 49).

بهذا الصدد، قضت محكمة تمييز دبي في حكم لها مفاده بأن الإحالة في عقد المقاولة للشروط العامة للفيديك لتسوية النزاع، تكفي لإلزام الطرفين باتفاق التحكيم. (طعن رقم 2002/462، تاريخ 2003/3/2، غير منشور)، كما قضت محكمة استئناف بوايتيه الفرنسية في حكم لها مفاده بأنه في مساعي التحكيم الدولي يعتبر شرط التحكيم بالإحالة على مستند يشترط التحكيم، صحيحاً إذا كان الطرف الذي يحتج عليه قد علم به في لحظة انعقاد العقد (مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، ص: 231).

ويرى الباحث أنه بموجب هذه الصورة من صور اتفاق التحكيم يشير أطراف العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، بقصد تطبيق أحكام هذه الوثيقة على العلاقة بين أطرافه وذلك باعتبارها جزءاً من العقد، لذا فإن مشروعية شرط التحكيم بالإحالة تتوقف على سلامة إرادة الأطراف في اختيار طريق التحكيم، بأن تكون الإحالة واضحةً وصريحةً على اعتبار شرط التحكيم بالإحالة جزءاً من العقد.

وتأسيساً على ما سبق، فإن الصور الثلاث المتقدمة هي الصور التي يمكن أن يتخذها التحكيم والتي ورد النص عليها في قوانين التحكيم، وهي بمجملها تشير إلى عقد أصلي يمثل العلاقة القانونية التي تربط بين التحكيم إما بكونه بنداً في هذا العقد، أو عقداً مستقلاً قائماً بذاته، أو بنداً في وثيقة تتم الإحالة إليها في العقد الأصلي؛ وهذه الإشارات كلها تتعلق بوثائق مادية مكتوبة فإذا كان اتفاق التحكيم إلكترونياً؛ فإن كل الوثائق المشار إليها سابقاً ستكون حينها وثائق إلكترونية، فالتحكيم الإلكتروني كما سبق أن بيّنا هو تحكيم يتم بشكل جزئي أو كلي عبر الوسائط الإلكترونية، لذا فإن الوثائق والمستندات الخاصة به بدءاً من اتفاق التحكيم وانتهاءً بحكم التحكيم ستكون وثائق إلكترونية لتستجيب لطبيعة الوسط الذي يجري التحكيم عبره، لذا من المتصور أن تظهر الوثائق الإلكترونية التي تمثل العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم أو الوثيقة التي تتم الإحالة إليها في صفحة إلكترونية واحدة من صفحات الإنترنت، الأمر الذي يحقق لها شرط الوضوح المطلوب للقول بوجود اتفاقٍ للأطراف باتخاذ التحكيم وسيلةً لفض النزاع بينهم (النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

وفي سبيل معالجة العقبات القانونية التي يثيرها اتفاق التحكيم الإلكتروني - والتي سنتطرق إليها لاحقاً - ومحاولة إيجاد الحلول القانونية لها، **لابد من إثارة التساؤل القانوني عن دور القاضي الوطني الممكن في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟**

للإجابة عن هذا التساؤل؛ نفترض وجود نزاع بين طرفين لا يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فيلجأ الطرفان إلى القضاء لتسويته، وأثناء سير المحاكمة يتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، ولما كانت أغلبية القوانين الوطنية تنص بوضوح على جواز الاتفاق على التحكيم في نزاع معروض أمام

القضاء، بالاستناد إلى القواعد العامة ومنها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) التي تسمح بهذا المبدأ المتمثل في جواز الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة بديلة عن القضاء العادي لفض النزاع ما دام هذا الاتفاق ليس مخالفاً للنظام العام؛ وعلى ذلك فإن الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة يمكن اعتباره اتفاقاً مكتوباً، وحسب الفرق بين شرط ومشارطة التحكيم المشار إليه سابقاً، فإن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني بصدد نزاع مطروح على القضاء، هو نوع من المشارطة مادام أن الاتفاق تم بعد نشوب النزاع، ويترتب على الاتفاق على التحكيم الإلكتروني أمام المحكمة نتيجة مفادها أنه من واجب المحكمة في هذه الحالة إثبات ما اتفق عليه الخصوم من اتفاق على التحكيم في محضر الجلسة، ثم أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم.

هذا ما أكده المشرع الأردني في قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 حيث نصت المادة (10/جـ) منه على أنه: "إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب".

وإعمال القاضي الوطني سلطته التقديرية في إثبات ما اتفق عليه الخصوم من اتفاق بإحالة نزاعهم إلى التحكيم في محاضر المحاكمة، ما هو إلا إقرار لإرادة المشرع، وإرادة الخصوم؛ فالمشرع أقر التحكيم كطريق خاص لحل المنازعات التي تنشأ بين الخصوم ونظم قواعده وإجراءاته، احتراماً لإرادة الخصوم وهذه الإرادة بدورها هي التي تخلق التحكيم، وهي قوام وجوده، ومتى وضحت هذه الإرادة، امتنع القاضي الوطني عن نظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم والفصل فيه، فبوجود اتفاق من الأطراف على التحكيم يمتنع القاضي الوطني عن نظر النزاع محل الاتفاق (التحيوي، محمود، المرجع السابق، ص ص: 29 – 30).

البنـد الثـاني: الـشروط الموضـوعية اللازمـة لـصحة اتفـاق التحكـيم الإلكتروني

يعد اتفاق التحكيم الإلكتروني تصرفاً قانونيّاً من جانبين، فهو لا يخرج عن كونه عقداً من العقود، وهو كأي عقد لا بد أن ينشئ التزامات على عاتق أطرافه، ولذلك لا بد أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية اللازمة لصحة هذه الالتزامات، وهذه الشروط الموضوعية لا تختلف سواء أكان التحكيم تقليدياً أم إلكترونياً، وتتمثل الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده بصفة عامة في الرضا والأهلية والمحل والسبب؛ إلا أن إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية يضفي خصوصية معينة ولا سيما فيما يتعلق بكيفية التعبير عن الإرادة ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير، وإذا كان بالإمكان أن يتم التعبير عن إرادة الأطراف إلكترونياً فإن الأمر لا يخلو من التساؤل عن كيفية التحقق من توافر الشروط اللازمة لصحة التعبير، ولاسيما توافر الأهلية اللازمة لدى الطرفين، وعيوب إرادة التعاقد الإلكتروني ولا يخلو كذلك محل اتفاق التحكيم المتمثل في النزاع المطلوب فضه من إثارة التساؤلات القانونية أيضاً، فهل كل نزاع يثار يمكن أن يكون قابلاً للخضوع إلى التحكيم فيكون بذلك محلاً في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات وبيان خصوصية اتفاق التحكيم من حيث الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الاتفاق يقتضي تقسيم هذا البند إلى المواضيع التالية:

أولاً: الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، أي تلاقي الإرادتين الحرّتين المتطابقتين على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم النزاع سواء أكان النزاع حالاً أم محتملاً (**شفيق، محسن، المرجع السابق، ص: 174**).

ويستلزم القانون لقيام العقد توافر التراضي، ويلزم لوجود التراضي أن توجد إرادة يعتد بها القانون لدى كل من الطرفين، ثم تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، ويشترط أن تكون الإرادة جدية وحقيقية غير صورية أو هازلة، بيد أن القانون لا يعتد بها إذا كانت كامنة في النفس فلا بد أن تخرج الإرادة التي قصدت قبول التحكيم طريقاً لتسوية النزاع من داخل نفس صاحبها إلى العالم الخارجي، ويكون ذلك من خلال المظاهر المادية الدالة على الإرادة مثل الكلام أو الكتابة أو الإشارة أو غيرها (الشريفي، رضوان، 2010).

ولكي يعتبر ركن الرضا متوافراً في اتفاق التحكيم لا بد أن يكون موجوداً أولاً وأن يكون صحيحاً ثانياً وهذا ما سوف نبينه في الصفحات القادمة:

1- وجود الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني:

يتحقق وجود الرضا بالتعبير عن إرادة كل من الطرفين، ولما كان إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني يتم عبر الوسائط الإلكترونية التي تتمثل في شبكة المعلومات (الإنترنت) فإن هذا معناه أن التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية حيث يتم توجيه الإيجاب من خلالها ويتم كذلك تلقي القبول عبرها، **ويثور التساؤل هنا حول تأثير البيئة الإلكترونية التي تلتقي فيها إرادات الأطراف المتعاقدة على صحتها؟** إن الإجابة عن هذا التساؤل يتطلب منا التعرض بإيجاز إلى المواضيع التالية:

أ- ***الإيجاب الإلكتروني:***

عرفت المادة (91 فقرة 1) من القانون المدني الأردني الإيجاب والقبول بأنهما: "كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول".

كما عرفه البعض بأنه: "التعبير البات الصادر من أحد المتعاقدين والموجه

إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني أي ابرام العقد" (السرحان، عدنان وخاطر، نوري، 2005، ص: 61).

ويعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".

فالإيجاب عمل إرادي ينزع إلى إقامة علاقة شخصية، فيجب من أجل هذا أن يكون موجهاً إلى الغير بهدف السعي إلى إجراء عقد ما (برهم، نضال، 2010، ص: 53) ويجب أن ينطوي الإيجاب على عرض بات غير معلق على شرط ومحدد بوضوح وموجه إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، ذلك بأن يتضمن الإيجاب عرضاً نهائياً يحتوي كافة العناصر الأساسية للعقد، بشكل يكشف عن توافر النية القاطعة في الارتباط بالعرض أو انتفائها، فيستخلص القاضي الوطني أو المحكم - حسب مقتضى الحال - النية من عبارات العقد وظروفه للتمييز بين الإيجاب الملزم والدعوة إلى التعاقد أو الدخول في مفاوضات (أبو الهيجاء، محمد، 2005، ص: 42).

وهكذا فإن الإيجاب في العقود التي تبرم عبر الإنترنت ينبغي أن يتضمن البيانات التي تدل على هوية الموجب أو مقدم الخدمة، وجميع ما يفيد تحقيق قناعة القبول للطرف الآخر، مما يؤدي إلى العلم الكافي للمستهلك بمزايا المنتج أو الخدمة محل التعاقد، وحتى تتحقق خصوصيات الإيجاب الإلكتروني، فلا بد أيضاً أن تكون نية الموجب جازمة في الالتزام بالعرض بشكل كامل محدد وبشكل تدل فيه على العزم والتصميم النهائي على إتمام التعاقد (جبران، محمد، 2009).

ب- *القبول الإلكتروني:*

هو التعبير الذي يصدر ثانياً ممن وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي أن يصدر منجزاً بلا قيد أو شرط (جبران، محمد، المرجع السابق) فهو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد، وليتحقق هذا الأثر في انعقاد العقد لا بد من مطابقة القبول للإيجاب (ابو الهيجاء، محمد، 2005، ص: 48) أو هو الإجابة بالموافقة على عرض الموجب وبإضافته إلى الإيجاب يتكون العقد، ويجب أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل تطابقهما في شأن المسائل الجوهرية والرئيسة (دودين، بشار، 2006، ص ص: 135 – 136).

ويشترط في القبول الإلكتروني تحقق أمرين، **الأمر الأول:** أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، فإذا لحق الإيجاب تعديل بما يزيد في الإيجاب أو يقيده، فإن العقد لا ينعقد ويعد مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً، **والأمر الثاني:** صدور القبول والإيجاب لا يزال قائماً، فحتى يحقق القبول الكامل المطابق للإيجاب أثره فلا بد أن يصدر في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب سارياً، أي خلال الفترة التي ألزم الموجب بها نفسه (برهم، نضال، المرجع السابق، ص ص: 62 – 63).

وبذلك إذا أراد زائر الموقع الإلكتروني أن يبرم عقداً ما، فإنه يقوم بالضغط على أيقونة تتضمن عبارة تفيد القبول مثل (أنا أقبل) أو (أضف إلى السلة) إشارة إلى القبول، وتعتبر هذه الوسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة ونقلها إلى الطرف الآخر، إذ إنه ليس في القواعد العامة ما يحول دون أن يتم التعبير عن الإرادة بالوسيلة الإلكترونية، فالقواعد العامة تتيح التعبير عن الإرادة الصادرة عن الموجب أو القابل بوسائل عدة؛ فيمكن أن تقع باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على

التراضي، أو باتخاذ مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي (سلطان، أنور، 2007، ص: 46).

من هنا فإن قيام الزائر للموقع الإلكتروني بالضغط على أيقونة معينة بما يفيد الرضا بالتعاقد والموافقة على الشروط التعاقدية الواردة في صفحة الموقع يكون من قبيل اتخاذ مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي وفق ما يستفاد من القواعد العامة للعقود (مجاهد، أسامة، 2007، ص: 161؛ يتوجي، سامية، المرجع السابق).

وعلى الرغم من أن القواعد العامة تسمح بأن يتم التعبير عن الإرادة بأية وسيلة، فإن التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية اعترفت صراحة بصلاحية الوسائل الإلكترونية في التعاقد والتعبير عن الإرادة، ومن بين هذه التشريعات قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 حيث نصت المادة (13) منه على ما يلي "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

ويقابل هذا النص من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم (1) لسنة 2006 المادة (11) منه والتي جاء فيها: "1- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيّاً أو كليّاً بواسطة المراسلة الإلكترونية 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر".

كما أقر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونياً في الأعمال التجارية، حيث نصت المادة (11) منه، على أنه: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند

استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض".

ج- *طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة:*

تتعدد صور التعبير عن الإرادة سواء إرادة الموجب أو القابل في التعاقد الإلكتروني، فقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق موقع الشبكة أو عن طريق المحادثة أو عن طريق التنزيل عن بعد، وهذه الطرق تعتبر من أهم طرق التعبير عن الإرادة المستخدمة في اتفاق التحكيم، ونستعرضها على النحو التالي:

1. التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني "E-mail":

تتم عملية التعبير عن الإرادة من خلال البريد الإلكتروني عندما يقوم شخص مشترك في شبكة الإنترنت بالدخول إلى العنوان الذي يرغب في إرسال رسالة البيانات إليه، حيث يقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج، وحينئذ يقوم برنامج البريد الإلكتروني بإرسال الرسالة إلى الخادم "mail-server"، وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم الأخير بإرسال الرسالة إلى جهازه حيث يستطيع المرسل إليه عند فتحه صندوق البريد الذي تخزّن به الرسائل الواردة إليه "Inbox" قراءة الرسائل التي وصلته والرد عليها عن طريق زر الرد على الرسالة "Replay" **(الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 218).**

وهكذا إذا أراد شخص أن يجري تحكيماً عبر الإنترنت، فإنه يرسل رسالة عبر البريد الإلكتروني إلى الطرف الآخر يعبر فيها عن رغبته في ذلك، فإذا وافق الطرف الآخر وقبل محتوى الرسالة، ففي هذه الحالة يتحقق التراضي بقبول التحكيم الإلكتروني وسيلة لتسوية أي نزاع ينشب بين الأطراف، ووسيلة إثبات

الإرادة المعبر عنها عبر البريد الإلكتروني، هي الكتابة الإلكترونية التي لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في الوسيلة التي تمت من خلالها (برهم، نضال، المرجع السابق، ص ص: 40 ـ 42).

2. التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع الإلكتروني "Web-site":

يمكن لكل شخص أن يقوم بإنشاء موقع خاص به على شبكة الإنترنت، يستطيع من خلاله أن يعلن عن أي شيء يرغب في تقديمه، فيمكن لأي شخص أن يوجه إيجاباً معيناً عبر الشبكة لمن يرغب؛ حيث يتم التعبير عن الإرادة عبر مواقع الويب بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة الموجود على لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي أو بالضغط بالمؤشر على الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب (أحمد، آمانج، 2006، ص: 92؛ الأودن، سمير، دون تاريخ، ص: 27).

3. التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة "Internet Replay Chat":

يستطيع مستخدم برنامج المحادثة عبر الإنترنت التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة المحادثة، ويقوم مبدأ عمل هذا البرنامج على تقسيم الصفحة الرئيسة إلى جزأين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي التي تظهر بدورها في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر والذي يظهر في الجزء الثاني من صفحة البرنامج؛ وتوفر هذه الوسيلة ميزة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 219).

4. التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد "Downloading":

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد "نقل أو استقبال أو تنزيل إحدى الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الإنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل" (الخالدي،

ايناس، المرجع السابق، ص: 219) مثل تنزيل البرامج الهندسية أو الموسيقية، وهو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي، حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون الحاجة إلى اللجوء إلى العالم الخارجي (الشريفي، رضوان، المرجع السابق).

ويخلص الباحث مما تقدم إلى أن التعبير عن الإرادة بالإيجاب والقبول الإلكتروني يتحقق به التراضي على اتخاذ التحكيم طريقاً استثنائياً لحل المنازعات بين أطراف اتفاق التحكيم، لكن لا بد أن يشير الاتفاق بصراحة إلى أن الهدف من الاتفاق هو تنحية القضاء جانباً عن النظر في النزاع، كما يرى الباحث بأنه لا يوجد في نصوص القانون ما يمنع من اعتبار الوسائل الإلكترونية المعبرة عن الإرادة وسائل صالحة في إرسال التعبير عن الإرادة وبالتالي تلاقي الإرادات وتكوين العقد، إذ إنه من المقرر في القواعد العامة للعقود أنه طالما لم يستلزم القانون طريقة أو إجراءً معيناً فإن التعبير عن الإرادة يمكن أن يجري بأية طريقة، فإذا اتخذ الموجب أو الموجب إليه سلوكاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على الإيجاب أو القبول، فإنه يعامل على هذا الأساس، وكيف لا بعد أن تدخلت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لإقرار القواعد القانونية التي سمحت وكفلت حرية التعاقد الإلكتروني.

2- صحة التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الإلكتروني:

قلنا سابقاً إنه يجب لتمام إبرام العقد وجود إرادتين متطابقتين، أي إيجاب معين وقبول مطابق له، لكن لا يكفي للقول بتوافر ركن الرضا أن يكون الرضا موجوداً، إذ ينبغي فوق ذلك أن يكون صادراً عن تراض صحيح، وتتحقق صحة الرضا إذا كانت إرادة كل من الطرفين خالية من العيوب.

من هنا لا بد لنا من التساؤل عن أثر البيئة الإلكترونية التي يجري خلالها التعاقد على تعيب إرادة المتعاقدين عند إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

للإجابة عن هذا التساؤل نقول إنه لا يكفي فقط أن يكون الرضا موجوداً لدى أطراف اتفاق التحكيم، بل يجب أيضاً أن تكون إرادتهم سليمة خالية من عيوب الرضا (وعيوب الرضا في القانون الأردني هي: الغلط، التغرير والغبن، والإكراه، ويقابلها في القانون المصري: الغلط، والتدليس، والاستغلال، والإكراه) فسلامة رضا طرفي اتفاق التحكيم الإلكتروني مطلب ضروري لتلاقي إرادة الطرفين على الاتفاق وهذا ما سنبحثه في الصفحات القادمة.

أ- ***الغلط:***

عيب الغلط يقصد به: "أن يقوم في ذهن العاقد وهم يحمله على اعتقاد غير الواقع" (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص:87) وليس كل غلط أياً كانت درجته مما يعيب الإرادة، بل أن منه ما لا يؤثر فيها، وهو الغلط الذي يقع في صفة عرضية أو ثانوية للشيء أو الشخص، كالغلط في الشخص المتعاقد إذ لم تكن شخصيته محل اعتبار، وكذا الحال بالنسبة للغلط المادي أو الغلط في الحساب، ففي مثل هذه الأحوال يبقى العقد صحيحاً ولا يؤثر عليه الغلط (أحمد، آمانج، المرجع السابق، ص ص: 229 ـ 231).

ومنه بالعكس يعدم الإرادة، فإذا انصب الغلط على ماهية العقد أو ذاتية المحل أو على شرط من شروط الانعقاد، بطل العقد لأنه في جميع هذه الصور لا يوجد تطابق بين الإرادتين، ولذلك يعتبر الغلط حائلاً دون انعقاد العقد (السرحان، عدنان وخاطر، نوري، المرجع السابق، ص ص: 133 ـ 135).

ومنه أخيراً، ما يقتصر أثره على تعييب الإرادة وهذا الغلط هو الذي يعنينا باعتباره عيباً من عيوب الإرادة.

ويشترط للتمسك بالغلط المعيب للرضا سواء في القانون الأردني أم القانون المصري أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، وأن يتصل ذلك الغلط بعلم المتعاقد الآخر الذي قد يكون وقع في ذات الغلط أو يكون قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، ويكون الغلط جوهرياً إذا وقع في جوهر الشيء أو وقع على شخص المتعاقد، أو في طبيعة العقد (إبراهيم، خالد، 2006، ص: 144).

وعيب الغلط متصور الحدوث في التعاقد الإلكتروني، فمثلاً قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه، وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء، أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض الخدمة، فهنا يمكنه طلب فسخ العقد (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 238).

واستناداً إلى القواعد العامة في القانون المدني، فإن حكم اتفاق التحكيم المبرم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، إذا اقترن بغلط جوهري واتصل به علم المتعاقد الآخر يكون العقد عقداً موقوفاً، ويجوز للعاقد الذي وقع في الغلط أن ينقض العقد بعد تبين الغلط أو أن يجيزه، والقاضي هو الذي يقوم بتقدير قيام الغلط الجوهري الذي يعيب الرضا من عدمه (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص: 88؛ عمر، نبيل، 1984، ص: 83).

ب- *عيب التغرير والغبن أو التدليس:*

التغرير (التدليس) هو: "إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، باستخدام طرق احتيالية بقصد دفعه إلى إبرام العقد " (الفار، عبد القادر، 2004، ص:71؛ إبراهيم، خالد، 2006، ص: 139).

إلا أنه حسب النهج الذي سار عليه المشرع الأردني فلا يمكن الاعتراف بالتدليس "التغرير" كعيب من عيوب الرضا إلا بتحقق الشروط التالية: الشرط

الأول: استعمال العاقد الطرق الاحتيالية، وتتكون هذه الحيل من وقائع إيجابية أي من تأكيدات كاذبة تسندها طرق احتيالية بقصد إخفاء حقيقة الأمر عن العاقد الآخر أو إيهامه خلاف الواقع؛ والثاني: نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، حيث يجب أن تكون الحيلة المستعملة في التدليس مصحوبة بنية التضليل والخداع للوصول إلى غرض غير مشروع؛ والثالث: أن تكون الحيلة مؤثرة، أي أن تبلغ حداً من الجسامة بحيث تعتبر دافعاً للمتعاقد على التعاقد؛ والرابع: أن ينتج عن التغرير أو التدليس غبن فاحش، حيث اشترط المشرع الأردني الغبن الفاحش صراحة حتى يمكن للمتعاقد المغرر به فسخ العقد ويقصد بالغبن الفاحش عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه أو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص ص: 78 ـ 84؛ السرحان، عدنان وخاطر، نوري، المرجع السابق، ص ص: 149 ـ 156).

وطرق الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني كثيرة، فالكذب في الإعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات يدخل في مجال التدليس طالما تجاوز الحد المألوف، وكان مؤثراً في إرادة المدلس عليه ودافعاً إلى التعاقد، لذا فإن قيام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة، فإن ذلك يعطي المدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته بالغش في القانون الفرنسي والمصري، وحتى فسخ العقد لمن غرر به إذا تحقق أن العقد تم بغبن فاحش في القانون الأردني (إبراهيم، خالد، 2006، ص ص: 140 ـ 141؛ ناصيف، إلياس، 2009، ص: 132).

والقاضي الوطني هو الذي يقوم بتقدير ثبوت أو عدم ثبوت التغرير من العاقد الآخر والتحقق من الغبن وجسامته، فإذا اجتمع التغرير والغبن، الأمر الذي يترتب عليه جواز فسخ العقد (عمر، نبيل، 1984، ص: 84).

ج- *عيب الإكراه:*

يعرف الإكراه بأنه: "ضغط على الشخص يولّد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد" (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص: 71) أو أنه "استخدام وسائل ضغط غير مشروعة تحدث في نفس المتعاقد رهبة تحمله على التعاقد دون رضاه" (السرحان، عدنان وخاطر، نوري، المرجع السابق، ص: 122).

ويقوم الإكراه على عنصرين، مادي ومعنوي، ويتمثل العنصر المادي في استعمال وسائل للإكراه، تقع على الجسم أو النفس، فتهدد المكره بخطر جسيم على نفسه أو ماله، أو نفس الغير أو ماله، أما العنصر المعنوي فيتمثل في الرهبة التي تحدثها وسائل الإكراه في نفس المكره وتدفع بإرادته إلى قبول التعاقد (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 134).

ولا بد لتحقق الإكراه المفسد للرضا توافر الشروط الآتية: **الشرط الأول:** عدم مشروعية الإكراه؛ فلا يعتبر الإكراه معيباً للرضا إلا إذا كان غير مشروع؛ والثاني: قدرة المكره على ايقاع تهديده؛ بأن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدد به، وأن يبعث الإكراه رهبةً في نفس المتعاقد تحمله على التعاقد حيث يغلب على ظنه وقوع ما هدد به إذا لم يقم بالتعاقد؛ والثالث: بعث الرهبة في نفس المكره؛ فالإكراه في ذاته لا يعيب الرضا، وإنما يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة (أحمد، أمانج، المرجع السابق، ص ص: 226 – 227).

وفيما يتعلق بالعقد الإلكتروني يذهب جانب من الفقه إلى أنه: يصعب تصور الإكراه في مجال العقد الإلكتروني لأنه لا يمكن تصور الخطر المحدق الذي يهدد المتعاقد في ماله أو نفسه، لأن العقد يتم عن بعد، ولأن المستخدم هو الذي يتصرف بالجهاز الإلكتروني، فيمكنه أن يغير المحطة التي تبث الإعلان أو يغير الموقع الإلكتروني على الإنترنت أو أن يغلق الجهاز (دودين، بشار، المرجع السابق، ص 155؛ الخالدي، إيناس، المرجع السابق، 239).

مع ذلك يرى الجانب الآخر من الفقه أنه: من المتصور حصول الإكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، وبالتالي يمكن تصور الإكراه بسبب اضطرار المتعاقد إلى التعاقد بشروط مجحفة تحت تأثير الرهبة والخوف بسبب تهدد مصالحه (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 135؛ أحمد، أمانج، المرجع السابق، ص: 228).

ويغلب الباحث الرأي الفقهي الأخير، إذ لا يوجد ما يمنع من وقوع الإكراه في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت، فقد يقع المتعاقد فريسة العديد من الفرضيات التي تنتزع إرادة المتعاقد رهبة وعنوة بشكل يعيب إرادته، ومن أكره على إبرام العقد وتحققت الشروط الواجب توافرها في الإكراه فإن عقده لا ينفذ إلا إذا أجازه المكره بعد زوال الإكراه صراحة فإنه ينقلب صحيحاً (المادة 141 من القانون المدني الأردني).

ويراعي القاضي الوطني في تقديره لعيب الإكراه؛ جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في درجة الإكراه، وللقاضي الوطني السلطة التامة في أن يستخلص من الوقائع تقدير جسامة الإكراه وهل هو مؤثر أو غير مؤثر، وأن ينزل الجزاء المترتب عليه بعدم نفاذ العقد (عمر، نبيل، 1984، ص: 86).

بهذا الصدد، فإن اتفاق التحكيم ـ التقليدي أو الإلكتروني ـ يتميز بخصوصيات معينة في نطاق البحث عن عيوب الإرادة الخاصة به، ففسخ أو إبطال شرط التحكيم لعيب في إرادة أحد الطرفين لا يمتد إلى العقد الأصلي الملحق به الشرط والذي يبقى صحيحاً رغم إبطال شرط التحكيم، وذلك نظراً لاستقلال شرط التحكيم عن الاتفاق الوارد فيه هذا الشرط (عمر، نبيل، 2004، ص: 46).

ويرى البعض إمكانية امتداد البطلان إلى العقد الأصلي إذا تبين من الظروف أن إرادة المتعاقدين ما كانت لتنتهي إلى إبرام العقد الأصلي فيما لو تبين أن شرط التحكيم باطل عند التعاقد، أما إذا كان عيب الإرادة لاحقاً بالعقد الأصلي، فإن إبطال العقد الأصلي لهذا السبب لا يكون له أثر على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 406).

والسؤال الذي يثور الآن هل يمكن أن يمتد بطلان العقد الأصلي إلى شرط التحكيم ذاته؟

للإجابة عن هذا التساؤل فإن الحالات التي يمكن أن يتحقق فيها هذا الامتداد تتطلب التمييز بين الغلط والتدليس والإكراه، **فيما يتعلق بالغلط:** فهذا العيب إذا ورد على محل العقد الأصلي أو على قيمة المعقود عليه فهو لا يمتد بطبيعة الحال إلى شرط التحكيم، لأن له محلاً آخر متميزاً عن محل العقد الأصلي، وهو إخراج النزاع من ولاية القضاء وإيكال الفصل فيه لهيئة التحكيم، أما إذا ورد الغلط على شخص المتعاقد في العقد الأصلي أو على صفة من صفاته، فإن هذا النوع يمتد بالضرورة إلى شرط التحكيم وعلى هذا النحو تخرج هذه الحالة من نطاق مبدأ الاستقلال (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 406).

فيما يتعلق بعيب الإكراه: فإذا انصب الإكراه على شخص المتعاقد في العقد الأصلي، فالإكراه هنا يبطل العقد الأصلي بشكل يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم على النحو الذي يخرج معه الأمر من نطاق تطبيق مبدأ الاستقلال، ما لم يكن شرط التحكيم قد تم الاتفاق عليه بعد إبرام العقد الأصلي وبعد زوال حالة الإكراه (عمر، نبيل، 2004، ص: 46).

وفيما يتعلق بعيب التغرير والغبن (التدليس): فمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يجد تطبيقاً مطلقاً في حالة تعيب العقد الأصلي بعيب التدليس أو التغرير والغبن فيظل شرط التحكيم صحيحاً على الرغم من إبطال العقد الأصلي لهذا السبب (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 407).

ثانياً: الأهلية المطلوبة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

يتطلب اتفاق التحكيم الإلكتروني فضلاً عن تحقق الرضا الخالي من العيوب، صدوره عن أشخاص مكتملي الأهلية، ويملكون سلطة إلزام كافة الأطراف المعنية في الاتفاق على التحكيم بما تلاقت عليه إرادتهم المشتركة، أي أن تكون لهم صفة قانونية تخولهم الاتفاق على التحكيم بالنسبة لنزاع معين، فإذا لم تتوافر هذه الصفة في التحكيم، فإن الاتفاق على التحكيم المبرم بهذا الصدد يكون باطلاً، ولا يرتب أثره القانوني (التحيوى، محمود، المرجع السابق، ص: 91).

وتنص المادة (9) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 على أنه "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه..." وتقابل هذه المادة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المادة (11) منه، التي جاءت بنص مماثل للنص الأردني ليؤكد بالنتيجة كلا المشرعين على أنه يلزم لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر في من يود إبرامه الأهلية اللازمة لذلك، وهذه الأهلية المشترطة في العاقدين هي أهلية التصرف، وأهلية التصرف لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد ولم يكن محجوراً عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة (شتا، أحمد، المرجع السابق، ص: 82).

والمقصود بأهلية التصرف المطلوبة لصحة الاتفاق على التحكيم هي أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التحكيم بصدده، وبالتالي لا يمكن أن

يكون طرفاً في اتفاق التحكيم شخصٌ لا يكون له التصرف في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم، وهذه الأهلية يجب توافرها في الطرف المحتكم أياً كانت صورة الاتفاق على التحكيم، سواء ورد في صورة شرط للتحكيم أم مشارطة التحكيم (التحيوى، محمود، المرجع السابق، ص ص: 92 – 93؛ حداد، حمزة، 2007، ص: 61).

وقد انقسم الفقه حول طبيعة البطلان المترتب على نقص الأهلية، فذهب اتجاه: إلى أنه إذا رضي بالتحكيم من لا يملك أهلية التصرف، فإن عقد التحكيم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويتبع ذلك بطلان إجراءات التحكيم بطلاناً مطلقاً باعتبار أن الأهلية من الأمور المتعلقة بالنظام العام، بمعنى أنه إذا رُفِعَ نزاع أمام المحكمة وتمسك أحد الخصوم بوجوب عرضه على هيئة التحكيم، جاز لكل خصم أن يتمسك بعدم الاعتداد باتفاق التحكيم لبطلانه، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء نفسها (أبو الوفا، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 57 – 58؛ شتا، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 96 – 97).

بينما يذهب البعض الآخر: إلى أن البطلان الناشئ عن نقص الأهلية هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام، طالما أنه يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحتكمين، وبالتالي لا يملك غير ناقص الأهلية التمسك بالبطلان، ولا تملك المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 421 – 422).

والباحث يميل إلى ترجيح الرأي الثاني القائل بالبطلان النسبي لاتفاق التحكيم مع التفرقة بين تصرف ناقص الأهلية ومنعدم الأهلية، وذلك لأن المشرع استلزم أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه لصحة الاتفاق على التحكيم، فإذا كان الطرف المحتكم ناقص الأهلية، وجب تطبيق قواعد القانون الموضوعي،

أما إذا كان الطرف المحتكم عديم الأهلية وجب تطبيق القواعد العامة التي تقضي بالبطلان المطلق لاتفاق التحكيم وبالتالي للخصوم في هذه الحالة التمسك بعدم الاعتداد باتفاق التحكيم لبطلانه، وللمحكمة أن تقضي بذلك من تلقاء ذاتها.

وأخيراً لعل من أهم المشكلات التي تعترض التحكيم الإلكتروني هي الأهلية، ومدى توافرها في طرفي النزاع، خاصة أن سائر أنظمة وتشريعات التحكيم اشترطت وجوب توافر الأهلية القانونية في فريقي النزاع، لأنه إن حدث ذلك نكون بصدد اتفاق تحكيم باطل لنقص أو انعدام أهلية أحد طرفي النزاع عند توقيعه وما يترتب عليه من بطلان حكم التحكيم الصادر بمقتضاه، ويمكن التغلب على هذه المشكلة بأن يحتوي الموقع الإلكتروني تصميماً يلزم الطرف الذي ينوي الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم الإلكتروني بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، على أنه إذا أغفل تحديد ذلك، لا يسمح له بالمضي قدماً أو استكمال اتفاقه، أو من خلال الاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني وهي جهة تسمح بالتحقق من هوية أطراف الاتفاق والتأكد من أن المتعامل قدم بيانات دقيقة عن هويته الشخصية، أو باستخدام البطاقات الإلكترونية وهي كروت ذكية يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل: الاسم والسن، وتحتوي على سجل كامل من البيانات الشخصية والمعلومات والرقم السري، وهذه الوسائل تضفي نوعاً من المصداقية أمام طرف النزاع ويبعد اتفاق التحكيم الإلكتروني عن شبهة البطلان (محمود، سامح، دون تاريخ؛ الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 255).

ويرى الباحث أن الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم ومنها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لم تحدد القانون

واجب التطبيق على الأهلية، بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تطبق قواعد التنازع المعمول بها في كل دولة، لذا يترك تقدير أهلية أطراف اتفاق التحكيم للقاضي الوطني طبقاً للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ حكم التحكيم (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 292؛ صاوي، أحمد، 2002، ص ص: 38 ـ 39).

ثالثاً: المحل في اتفاق التحكيم الإلكتروني

تقتضي القواعد العامة للعقود بوجوب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه وبأنه يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، ولا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقداً من هذه العقود عن ذلك، فالمحل الذي يضاف إليه اتفاق التحكيم يتمثل في العلاقة الموضوعية التي يراد حسم النزاع بشأنها عبر التحكيم، والأصل أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كبيرة في تحديد المسائل التي تخضع إلى التحكيم، مع ذلك فإن بعض التشريعات تفرض قيوداً على حرية الأطراف في إخضاع النزاع للتحكيم فتنص على عدم قابليته للتحكيم (شتا، أحمد، المرجع السابق، ص: 182؛ التحيوى، محمود، المرجع السابق، ص ص: 121 – 123).

ومن هنا نص قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 في المادة (9) وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في المادة (11) على أنه "...لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" فيجب أن يكون محل النزاع بذلك قابلاً للتسوية بطريق التحكيم، إذ إن التحكيم طريق استثنائي مؤداه نزع اختصاص القضاء باعتباره صاحب الولاية العامة في كافة المنازعات، فيتحدد نطاق التحكيم بمنازعات معينة لا يتعداها وهي تلك التي يجوز فيها الصلح، فلا يجوز التحكيم سواء التقليدي أم الإلكتروني في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ابتداءً.

وعليه فإن محل التحكيم هو موضوع المنازعة أو المنازعات التي يطرحها الاتفاق على هيئة التحكيم، ويتعين أن يكون هذا الموضوع من المسائل التي يجوز تسويتها بطريق التحكيم، والقيد الوحيد الذي وضعه المشرعان المصري والأردني على ذلك، هو عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (صاوي، أحمد، 2002، ص ص: 39 ـ 40).

وقد نصت المادة (163) من القانون المدني الأردني على ما يلي: "2- فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً.

3- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية".

كما نصت المادة (551) من القانون المدني المصري على أنه: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام..."

ويجد الباحث أن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم كونه لا يجوز فيها الصلح معظمها مسائل متعلقة بالنظام العام لأنها مرتبطة بالنظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للمجتمع وأسسه القانونية والأسرية والدينية في دولة ما.

إلا أن المقصود بالنظام العام عند تقدير صحة اتفاق التحكيم الدولي، وعلى الأخص فيما يتعلق بقابلية النزاع للتحكيم ليس هو النظام العام بمفهوم القانون الداخلي الواجب تطبيقه على الاتفاق، وإنما بمفهوم النظام العام الدولي ويترتب على ذلك تحقيق فاعلية أكبر لاتفاق التحكيم تجعله قابلاً لتسوية

منازعات عديدة حتى لو كان بعضها غير قابل للتحكيم وفقاً لمفهوم النظام العام الداخلي (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 228).

وعليه يعتبر التحكيم الإلكتروني جائزاً سواء أكانت العلاقة بين الطرفين تعاقدية أم غير تعاقدية، وجائزاً بين الأفراد والشركات، أو بين أفراد أو شركات وبين أشخاص القانون الخاص، وجائزاً في المسائل التجارية بصفة أساسية، وفي المسائل المدنية التي لا يحول مفهوم النظام العام دون النظر فيها (الشريفي، رضوان، المرجع السابق).

رابعاً: السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني

سبب الاتفاق على التحكيم هو اختيار الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وعرضه على محكمين يفوضونهم في حسمه، وهذا السبب مشروع لأن القانون يقره ويعترف به وينظمه بقواعد مكملة في الغالب لإرادة أطراف النزاع التحكيمي، ويفترض أن هذا السبب مشروع دائماً، إلا إذا ثبت خلاف ذلك، ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على حالة من حالات الغش نحو القانون، كما لو تم اللجوء إلى التحكيم بقصد التهرب من القانون الذي كان يجب تطبيقه أصلاً فيما لو طرح النزاع على القضاء، نظراً لما يتضمنه ذلك القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها، وكما لو قصد بالتحكيم التهرب من القواعد القانونية الخاصة بإثبات ملكية أحد العقارات أو التحايل على القانون بطريق التواطؤ بغية سلب حقوق الغير (الشريفي، رضوان، المرجع السابق).

ويرى الباحث أن السبب في القواعد العامة للعقود هو الغرض المباشر المقصود من العقد، هذا ما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة (165) من القانون المدني الأردني، كما قد أوجب القانون في الفقرة الثانية من ذات المادة أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب، وهذا ما

يحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني أيضاً، باعتباره عقداً من العقود لجهة السبب ليكون صحيحاً، حيث يبطل الاتفاق بحال مخالفة سببها للنظام العام والآداب أو إذا لم يكن سببه مشروعاً.

إلا أن المشرع الأردني وضع - في الفقرة الثانية من المادة (166) من القانون المدني التي جاء فيها "... ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك" - قرينة قانونية بسيطة من مقتضاها أنه يفترض عند عدم ذكر السبب أن للعقد سبباً مشروعاً، ولما كانت هذه القرينة قرينةً بسيطة، الأمر الذي يجوز معه للمتعاقد الآخر أن يثبت بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، أن للعقد سبباً غير مشروع، فإذا نجح بإثبات ذلك قضي ببطلان العقد (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص: 134) ولسلطة القاضي التقديرية في مجال العقد وإثبات سببه دورٌ لا يمكن إنكاره (عمر، نبيل، 1984، ص: 244).

البند الثالث: الشروط الشكلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

الأصل في العقود الرضائية؛ حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم، لذلك فإن وجود إرادتين متطابقتين من إيجاب معين وقبول مطابق له عن تراض صحيح يكفي لانعقاد العقود بصفة عامة، واستثناء من ذلك فقد يتطلب القانون إفراغ التراضي في شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوباً، فقد تكون الكتابة ليس لإثبات العقد فحسب وإنما لإبرامه وانعقاده صحيحاً بحيث لا يكون للعقد وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي اشترطه القانون، وعندئذ يكون العقد شكلياً وتكون الكتابة عنصراً جوهرياً في العقد لا يقوم دونها (أبو الليل، إبراهيم، 2003، ص: 123؛ السرحان، عدنان وخاطر، نوري، المرجع السابق، ص: 38).

وتتباين مواقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم

حول مدى اشتراط كتابة اتفاق التحكيم للاعتداد بصحته، كما يثور التساؤل حول مدى توافر شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟ سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال التعرض إلى موقف أهم الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم من اقتضاء شرط الكتابة، وأثر هذه الكتابة في صحة اتفاق التحكيم، ثم نتعرض إلى مفهوم الكتابة، وهل أن الكتابة بالشكل الإلكتروني تفي بمتطلبات الكتابة، في الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة؟

أولاً: موقف أهم الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والقوانين المقارنة

تتباين مواقف الاتفاقيات الدولية والقوانين الدولية حول مدى اشتراط كتابة اتفاق التحكيم للاعتداد بصحته، فإذا كانت بعض القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية لا تعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط صحة بل شرط إثبات، فإن معظم هذه القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تجتمع على اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حتى يكون صحيحاً (Rafal, Morek, P.9).

ولا بد من التعرض إلى مواقف أهم الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم من شرط الكتابة وأثره في صحة اتفاق التحكيم على النحو الآتي:

1- الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم:

تتعدد الاتفاقيات والمعاهدات الخاصة بالتحكيم ولعل أبرزها:

أ- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958:

تتطلب هذه الاتفاقية الكتابة كشرط حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحاً، وذلك في المادة الثانية منها التي جاء فيها: "1- تعترف كل دولة متعاقدة

بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا إلى التحكيم كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم. 2- ويعتبر "اتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة".

ومفاد هذا النص أن الكتابة تعد ركناً أساسياً يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاق التحكيم، فالمادة الثانية من الاتفاقية تقرر قاعدة موحدة تقتضي الكتابة كشرط صحة وليس لمجرد الإثبات (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 378؛ بني شمسه، رجاء، المرجع السابق).

لكن الباحث يرى أن المقصود بالكتابة وفق أحكام اتفاقية نيويورك، هي الكتابة كشرط للإثبات وليس للانعقاد، فالنص لا يرتب جزاء البطلان أو الانعدام على تخلف الكتابة فهي بموجب المادة الرابعة من ذات الاتفاقية – والتي تنص علي أنه: من أجل الحصول على الاعتراف والتنفيذ المبحوث عنهما في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب مثل ذلك الاعتراف والتنفيذ أن يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب: أ- قرار التحكيم الأصلي المصدق أو صورة عنه. ب- الاتفاقية الأصلية المبحوث عنها في المادة الثانية أو صورة مصدقة عنها" ـ متطلبة كأساس للاعتراف باتفاق التحكيم بما لا يجوز معه لأية دولة أن ترفض إثبات وجوده، أما الاتفاق غير المكتوب وإن كان اتفاقاً صحيحاً وموجوداً إلا أنه لا يلزم الدول الأعضاء أن تعترف به.

ب- ***اتفاقية جنيف الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961:***

إن الشكل الذي أوجبت الاتفاقية الأوروبية أن يكون عليه اتفاق التحكيم هو نفس ما جاءت به اتفاقية نيويورك لعام 1958 وهو أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، إلا أن الاتفاقية نصت وبشكل صريح على صحة اتفاق التحكيم الذي

لا يتخذ شكل الكتابة إذا كان بين دول لا تشترط قوانينها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 50).

ج- القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي "الأونسيترال" لعام 1985 والتعديلات التي اعتمدت في عام 2006:

كانت المادة السابعة الفقرة الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ـ قبل التعديل ـ تنص على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد التحكيم إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

فإن الكتابة كانت تعد شرطاً لصحة اتفاق التحكيم في القانون النموذجي، بيد أن الكتابة التي اشترطها النص لا تقتصر على المعنى التقليدي لها، حيث حرص القانون النموذجي بعد أن ذكر الوسائل التقليدية في الكتابة أن يضيف عبارة ((أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي)) ليشمل بذلك كل وسائل الاتصال الحديثة (المحمد، عماد الدين، دون تاريخ؛ مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص: 109).

في حين أن التعديلات التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التحكيم التجاري الدولي في عام 2006 بخصوص تعريف اتفاق التحكيم وشكله تنص على ما يلي: "... 2. يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. 3. يكون اتفاق

التحكيم مكتوباً إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفوياً أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى.

4. يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً؛ ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني " أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات؛ ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي" ومؤدى هذا التعديل حرص القانون النموذجي على استيعاب مختلف الوسائط الإلكترونية المتطورة لاستيفاء الشكلية القانونية المطلوبة باتفاق التحكيم المتمثلة في شرط الكتابة.

2- قوانين التحكيم المقارنة:

تقضي المادة (2/203) من القانون الإماراتي للمعاملات المدنية بأنه: "...لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة" وهذا النص مماثل للمادة (2/233) من القانون البحريني والمادة (2/190) من القانون القطري والمادة (173) من القانون الكويتي؛ حيث يتبين من النصوص السابقة، أن القوانين العربية متفقة على أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً، لكن الكتابة في اتفاق التحكيم، هي شرط إثبات وليست شرط انعقاد، بيد أن صيغة النص على اشتراط الكتابة جاءت جازمة بأن مثل هذا الاتفاق لا يثبت إلا بالكتابة مما يعني أنه لا يجوز الاستعاضة عن الإثبات بالكتابة بأية وسيلة إثبات أخرى (حداد، حمزة، **2007**، ص ص: **82 ـ 85**).

إلا أن بعض التشريعات الوطنية تشترط فيما يتعلق باتفاق التحكيم، أن يتم

إفراغه في شكل كتابي كشرط لصحته، كقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 الذي نص في المادة (12) منه على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة "وهذا النص مماثل للمادة (10) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 التي جاءت بنفس المضمون.

ويستفاد من النصين السابقين، أن الكتابة تعد ركناً في اتفاق التحكيم، بحيث يكون الاتفاق باطلاً إذا لم يكن مكتوباً، فالكتابة تعتبر شرطاً شكلياً لازماً لوجود الاتفاق على التحكيم في ذاته، وتكون الكتابة لازمة ليس فقط لإثباته، وإنما تكون لازمة لانعقاده وصحته، بحيث لا يكون هناك سبيل لإثبات الاتفاق على التحكيم سوى بالكتابة (التحيوي، محمود، المرجع السابق، ص: 89).

ويرى الباحث أنه وإن كانت الكتابة طبقاً للقانونين المذكورين آنفاً شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم ووجوده، ويترتب البطلان على عدم الكتابة، ولا تعتبر الكتابة فيهما، كما هو الحال في ظل نصوص القوانين العربية المقارنة الأخرى مجرد شرط لإثبات الاتفاق، إلا أن المشرعين الأردني والمصري قد خففا من نوع الكتابة المطلوبة، فأصبح مجرد تبادل رسائل الفاكس أو التلكس أو البريد أو بأية وسيلة أخرى تترك أثراً مكتوباً يمكن أن ينعقد به اتفاق التحكيم.

ثانياً: مدى توافر شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

قلنا إن أغلب القوانين التي تنظم أحكام التحكيم التقليدي - يستوي في ذلك أن تكون تشريعات وطنية أم اتفاقيات دولية - تتطلب شكلية معينة في اتفاق التحكيم وتتمثل هذه الشكلية في اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً،

وإن كانت هذه القوانين غير متفقة فيما بينها حول الدور الذي تلعبه هذه الشكلية في اتفاق التحكيم، فمنها ما تعد الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم مثل قانون التحكيم الأردني، ومنها ما تعد الكتابة لازمة لإثبات هذا الاتفاق مثل قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية.

وبصدد تحديد الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، **فإن التساؤل يثار عن كيفية استيفاء هذه الشكلية في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟** فالتحكيم الإلكتروني يخضع إلى الأحكام التي تسري على التحكيم التقليدي، لعدم وجود نصوص قانونية خاصة به، مما يعني وجوب توافر الشكل الذي يشترطه القانون في اتفاق التحكيم، سواء أكان هذا الشكل مطلوباً للانعقاد أم الإثبات (النعيمي، آلاء يعقوب، المرجع السابق).

للإجابة عن التساؤل السابق لا بد من تحديد مفهوم الكتابة أولاً ثم البحث في مدى استيفائها في اتفاق التحكيم الإلكتروني ثانياً.

1- تحديد مفهوم الكتابة:

يمكن تعريف الكتابة بأنها "مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر" (المليجي، أسامة، 2000، ص: 79)، ويمكن أن تتم الكتابة بأية وسيلة سواء بالرصاص أو المداد، وبأية لغة محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومة من الطرفين؛ وليس هناك في اللغة أو القانون ما يتطلب أن تكون الكتابة على الورق فقط، بل من الجائز أن تكون على الورق أو الخشب أو الحجر أو الرمال أو الجلد، ونخلص من ذلك عدم وجود ارتباط بين فكرة الكتابة والورق، فلا يشترط أن تكون الكتابة دائماً على دعائم ورقية بالمفهوم التقليدي، بل يمكن أن تكون على أي شيء آخر يحقق الوظيفة القانونية للكتابة، وهو ما يفتح الباب على مصراعيه أمام قبول كل الدعامات ـ أيّاً

كانت مادة صنعها ـ في الإثبات (الجمال، سمير، 2006، ص: 192؛ ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 191).

ويتقاطع المفهوم العام للكتابة - الذي أشرنا إليه آنفاً - مع المفهوم القانوني لها، ففي القانون تعتبر الكتابة رموزاً تعبر عن فكرة معينة يحاول بموجبها أحد الأطراف إثبات عمل قانوني أو واقعة معينة عن طريق إبراز مستند يستند إليه في ثبوت حقه، ولا يتناقض الإثبات الخطي مع مبدأ حرية التعبير عن الإرادة، فالعقد الخطي ليس إلا وسيلة للإثبات، ولا علاقة له بصحة العقد أو وجوده إلا في العقد الشكلي الذي يفرض القانون لصحته شكلاً معيناً، فإذا كنا نتحدث عن كتابة اتفاق التحكيم فهذا معناه وجود رموز تبين اتفاق الأطراف وتبادل إرادتهم على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع بينهم (بني شمسه، رجاء، المرجع السابق؛ ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 190).

ويفهم من ذلك أن الكتابة لا ينظر إليها من حيث ارتباطها بالوسائط أو الدعائم المستخدمة في التدوين على وسيلة مادية محددة، بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونه بما يمكّن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف بينهم، فالكتابة وإن كانت بمعناها التقليدي محررة على دعائم ورقية، فإن التطور المستمر في تكنولوجيا الاتصالات أوجب ضرورة التوسع في المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب الوسائل المستحدثة مثل الفاكس والتلكس والمصغرات الفلمية ومخرجات الكمبيوتر والشرائط الممغنطة الناشئة جميعها عن التطور الهائل في ثورة المعلومات والاتصالات، ذلك لأن الهدف من الكتابة يتحقق دون أن يستلزم ذلك أن تكون محررة على دعائم ورقية بالذات (إبراهيم، خالد، المرجع 2008، ص: 294).

ومن ثم فلا يوجد ما يمنع أن تكون الكتابة محررة على دعائم إلكترونية

طالما أن هذه الدعائم الإلكترونية تؤدي نفس الوظيفة والهدف؛ ولتؤدي الكتابة وظيفتها لا بد من توافر الشروط الثلاثة الآتية:

الشرط الأول: أن تكون الكتابة مقروءة، واضحة، ومفهومة، حيث يجب أن تكون الكتابة واضحة يمكن إدراك مضمونها بالنظر أو السمع أو اللمس، فإذا استحالت قراءة الكتابة فلا تصلح وسيلة للإثبات (الرومي، محمد، 2008، ص: 49).

الشرط الثاني: أن تتمتع الكتابة بالديمومة والاستمرارية والثبات؛ فحتى تحقق الكتابة وظيفتها يجب أن تدون على وسيط أو دعامة تمنح الكتابة صفة الديمومة والثبات، فمن شروط الكتابة إنصاف علاماتها ورموزها بثبات نسبي الغرض منه ألا تزول تلقائياً، وإنما تبقى ما لم تتعرض إلى الإتلاف، وعلة هذا الشرط أن وظيفة المحرر الكتابي في التعامل القانوني أو الاجتماعي بوجه عام تفترض وجوده وإمكان الرجوع إليه أو الاستعانة به عند الحاجة، ويفترض هذا العنصر أن علامات ورموز الكتابة تحملها مادة مستقرة الكيان، تؤمن الثبات النسبي لها (حجازي، عبد الفتاح، 2007، ص: 334).

الشرط الثالث: عدم قابلية الكتابة للتعديل؛ يشترط في الكتابة أن تكون غير قابلة للتعديل أو التغيير، أي أن يكون الدليل قادراً على مقاومة أية محاولة لإجراء تعديل أو تغيير في مضمونه، ولا يتم هذا التعديل إلا بإتلاف الدليل أو بترك أثر واضح عليه والغاية من هذا الشرط إضفاء عنصر الثقة والأمان حتى يمكن الاعتماد على الكتابة ومنحها الحجية القانونية (أبو الليل، إبراهيم، المرجع السابق، ص: 168).

وتطبيقاً لما تقدم نجد أن هذه الشروط متحققة في الكتابة الإلكترونية من حيث قابلية الكتابة الإلكترونية للقراءة بشكل واضح ومفهوم، ومن حيث

إمكانيـة اسـتخدام وسـائط إلكترونيـة متطـورة يتحقـق فيهـا عنـصر الثبـات والاسـتمرار بالنـسبة للمعلومـات الـتي تحتويهـا ، ومـن حيـث إفـراز التقـدم الـتقني لوسائط إلكترونية تتميز بثبات محتوياتها بشكل لا يقبل التلاعب فيها وليس من السهل التعديل فيها ، ومن حيث إمكانية طباعة المعلومات الإلكترونية على مستخرجات ورقية بالصورة التي حفظت أو خزنت بها في نظم تقنية المعلومات، لـذا فإن الكتابة التقليدية القائمة على الدعائم المادية والكتابة الإلكترونية المستحدثة القائمة على الدعائم والوسائط الإلكترونية تحققان ذات الوظيفة في الإثبات، حيث أمكن للكتابة الإلكترونية أن تستوفي ذات الشروط الواجب توافرها لتحقيق الدليل الكتابي التقليدي هدفه المتمثل في التمتع بالحجية القانونية في الإثبات (الجمال، سمير، المرجع السابق، ص ص: 199 ـ 202؛ حجازي، عبد الفتاح، 2007، ص ص: 333 ـ 335).

2- الأساس القانوني لاستيفاء اتفاق التحكيم الإلكتروني للشرائط الشكلية:

أخذت القوانين المقارنة والاتفاقيات الدولية التي تنظم التحكيم بالتوجه الحديث القائم على التوسع بمفهوم الكتابة؛ فالشكل الكتابي لا يقتصر فقط على المحرر التقليدي، بل يشمل كل وسائل الاتصال المكتوبة التي يستطيع من خلالها الأطراف الاتفاق على التحكيم مثل تبادل الخطابات أو البرقيات أو التلكس أو الفاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال التي ظهرت في وقتنا الحاضر مما له أثر مدون يمكن الرجوع إليه (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص: 109؛ حداد، حمزة، 2007، ص: 87).

ويلاحظ أن قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 حرص بعد أن ذكر الوسائل التقليدية في الكتابة أن يشمل الوسائل المتطورة للاتصال، حيث نصت المادة (10/أ) منه أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان

باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس..." وذلك بإضافة عبارة " أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق" ليشمل بذلك كل وسائل الاتصال الحديثة.

كما يمكن تفسير اتفاقيات التحكيم ومنها اتفاقيتا نيويورك وجنيف بشكل واسع بمعنى أنها تعتبر وتقبل استعمال وسائل الاتصالات الحديثة ضمن مفهوم المستندات الخطية.

كما تأثرت غالبية القوانين المقارنة بما أورده القانون النموذجي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، إذ أوردت المادة السابعة من القانون المذكور عدداً كبيراً من الأشكال الخطية للاتفاق التحكيمي، منها فضلاً عن توقيع مستند خطي ورقي بين المتعاقدين، تبادل الرسائل، تبادل الاتصال بالتلكس، تبادل التلغراف، وتبادل أية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة التي تثبت الاتفاق التحكيمي.

وحيث تعد الكتابة الإلكترونية من أهم الصور الحديثة في الكتابة، التي تقوم على استخدام الرسائل الإلكترونية التي تتم عبر أجهزة الكمبيوتر وتنتقل إلى الطرف الآخر في نفس اللحظة عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، فإن المهم هنا أن يكون كل من الإيجاب والقبول قد أرسل خطياً بشكل يمكن لكل من الطرفين استخلاصه خطياً (حداد، حمزة، 2007، ص: 88؛ مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 109 ـ 110).

لذا فإن ذيوع استخدام الرسائل الإلكترونية، ساعد على إبرام الكثير من العقود التي تعرف باسم عقود التجارة الإلكترونية، ولا شك أن تزايد هذه العقود قد أفرز العديد من النزاعات التي أصبح اللجوء إلى حلها يتم من خلال إبرام اتفاق

التحكيم الإلكتروني وهو ما يثير التساؤل حول حكم الكتابة الإلكترونية المستخدمة في تحرير اتفاق التحكيم الإلكتروني، أو من جهة أخرى مدى إمكانية استيفاء شكلية الكتابة التقليدية المطلوبة في اتفاق التحكيم بالكتابة الإلكترونية في اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

قلنا إن الكتابة بمعناها التقليدي تكون محررة على دعائم ورقية ولكن التطوّر التقني المستمر في وسائل الاتصالات أدى إلى ضرورة التوسع في هذا المفهوم التقليدي للكتابة ليستوعب التطوّر الحاصل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ذلك أن الهدف من الكتابة لا يستلزم أن تكون محررة على دعامة ورقية بالذات، من ثم لا يوجد ما يمنع من أن تكون الكتابة محررة على دعامة إلكترونية طالما أنها تحقق ذات الهدف، فالمهم أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونياً بحيث يمكن الاحتفاظ بها والرجوع إليها عند الخلاف دون أن يطرأ عليها أي تعديل أو تحريف (إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 244 ـ 259).

ويتضح مما سبق إمكانية استيفاء الشكلية التي يقررها القانون لإبرام اتفاق التحكيم أو لتنفيذه عن طريق المستندات الإلكترونية متى روعيت فيها الشروط التي حددها القانون، لذا جاءت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود لعام 2005 بإجابة صريحة عن التساؤل السابق ـ حول استيفاء الكتابة الإلكترونية للشكلية المطلوبة في اتفاق التحكيم ـ حيث نصت المادة التاسعة منها على أنه "...حينما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه مُيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً".

وبالرجوع إلى القوانين والاتفاقيات السابقة، يلاحظ انسجام نصوص

بعضها مثل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مع تطور وسائل الاتصال واعترافها بالمحررات الإلكترونية بشكل واضح وصريح، أما البعض الآخر فيمكن التوسع في تفسير نصوصها عن طريق المرونة في اقتضاء شرط الكتابة والقياس على حكم الفاكس والتلكس، بحيث يتحقق شرط الكتابة في أية طريقة من طرق الاتصالات الحديثة بشكل يمكن أن يكون بمثابة سجل للاتفاق التحكيمي (Rafal, Morek, P.11).

ويرى الباحث بالرغم من أن ثمّة قوانين تعد أكثر مواكبةً لمعطيات الحداثة إذ تعتبر اتفاق التحكيم مكتوباً إذا أبرم عن طريق شبكة الإنترنت، مثل القانون النمودجي للتحكيم التجاري الدولي، وأن ثمّة قوانين وطنية تبدي ميلاً لقبول الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، مثل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، فإن الحل المقترح لاستيفاء الشكلية المطلوبة لإبرام الاتفاق التحكيمي، يبقى بأن يتم الاعتراف من قبل القضاء بأن شرط الكتابة المطلوب في اتفاق التحكيم ينبغي تفسيره بطريقةٍ موسعةٍ في ضوء القانون النموذجي وسواه من القوانين الحديثة ذات الصلة على نحوٍ يكفل الاعتراف باتفاق التحكيم والتوقيع الإلكترونيين (Schultz,T.,2002).

المحور الثالث: الإطار الإجرائي الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني

لقد سبق وأن قلنا إن التحكيم الإلكتروني طريق استثنائي لفض الخصومات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية قوامه الخروج عن طرق التقاضي الأصلية مستنداً بذلك على إرادة الخصوم بطرح النزاع على شخص معين أو هيئة معينة للفصل فيه بحكم ملزم للخصوم، على أن يتم جريان مراحل الخصومة التحكمية بشكل كامل أو جزئي عبر الوسائل الإلكترونية "الإنترنت" أو عبر وسائل الاتصال الحديثة الأخرى.

وإذا كان اتفاق التحكيم لا يختلف في مضمونه من تحكيم إلى آخر،

حيث يظهر الخلاف في كيفية مباشرة إجراءات التحكيم منذ بدء الاتفاق عليه حتى صدور حكم التحكيم، وفي هذا الصدد يختلف التحكيم الإلكتروني في إجراءاته عن التحكيم التقليدي من عدة نواح، أبرزها طريقة التواصل بين الخصوم أو الشهود من جهة وهيئة التحكيم من جهة أخرى، حيث يتم التواصل بطريقة إلكترونية سواء في طريقة تبادل البينات أو في سماع شهادة الشهود أو مناقشة الخبراء وغير ذلك من إجراءات الخصومة التحكيمية.

ولأهمية تنظيم سير عملية التحكيم الإلكتروني دأبت مراكز التحكيم عن بعد على تنظيم سير الخصومة التحكيمية بما يوافق طبيعة الإنترنت وما تتطلبه من إجراءات خاصة يجب مراعاتها لضمان نجاح عملية التحكيم، إلا أن سلسلة الإجراءات المتبعة في الخصومة التحكيمية الإلكترونية تطرح عدداً من الأسئلة حول مدى مشروعية هذه الإجراءات ومدى تحقيقها لضمانات المحاكمة العادلة وقواعد العدالة المتمثلة في مبدأ المواجهة بين الخصوم وحق الدفاع؟

لذا سوف نستعرض أهم إجراءات التحكيم الإلكتروني للتعرف على خطوات عرض النزاع في التحكيم الإلكتروني، وأبرز الإشكاليات التي تثيرها إجراءات الخصومة التحكيمية الإلكترونية.

البند الأول: عرض النزاع على هيئة التحكيم

إجراءات التحكيم هي جملة من الأعمال الإجرائية المتوالية التي تهدف إلى الوصول إلى حكم يصدر عن هيئة التحكيم ويفصل في النزاع القائم بين طرفي التحكيم (بيومي، كوثر، 2007، ص: 196) ويتم التحكيم الإلكتروني باتباع إجراءات التحكيم التقليدي، وتضاف إلى تلك الإجراءات باتفاق الأطراف، إجراءات أخرى خاصة بالتحكيم الإلكتروني لعل أبرزها كيفية التواصل بين الخصوم والمحكمين عن بعد عبر شبكة الإنترنت، وكيفية تقديم المستندات

إلكترونياً، على أنه يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني ضمن اتفاق التحكيم (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 304).

وللتعرض إلى إجراءات التحكيم فإن ذلك يتطلب أن نعرض للإجراءات الواجب اتباعها قبل عرض النزاع على هيئة التحكيم، ثم نعرض لإجراءات التحكيم الإلكتروني.

أولاً: الإجراءات الواجب اتباعها قبل عرض النزاع

لا يحتاج رفع النزاع أمام مراكز التحكيم الإلكترونية مهارة فائقة في صياغة وكتابة طلب التحكيم، إذ تنظم لوائح هيئات التحكيم كيفية رفع النزاع، وتنص على الأمور الواجب مراعاتها سواء في طلب التحكيم أو في الرد عليه من قبل المحتكم ضده (بني شمسه، رجاء، المرجع السابق)، وإذا وقع الخلاف بين أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه وقبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين اتخاذ إجراءات معينة لعرض النزاع على المركز المعني ويمكن إيجاز هذه الإجراءات قياساً على نظام لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) في الخطوات التالية: (أبو الهيجاء، محمد، 2009، ص ص: 71 ـ 75؛ إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 305 ـ 306؛ محمود، سامح، المرجع السابق).

1- تعبئة نموذج التحكيم المعد على الموقع الإلكتروني التابع لمركز التحكيم والمتضمن:

أ- اسم المحتكم الكامل مع ذكر إيجاز عن طبيعة وظروف النزاع والحلول المناسبة التي يقترحها مقدم الطلب.

ب- ذكر أسماء ممثلي مقدم الطلب ووكلائه، وتحديد وسائل الاتصال بهم عما إذا كان عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال.

ج- تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم، وبإغفال ذلك يعتبر مقدم الطلب أنه قد اختار محكماً وحيداً.

د- اختيار الإجراءات التي يرغب في اتباعها خلال رؤية النزاع، وفي حال إغفال ذلك يعتبر المحتكم راضياً بالإجراءات التي يعتمدها المحكم.

ه- إرسال نسخة عن اتفاق التحكيم للمركز.

2- تقديم الوثائق والمستندات والأدلة التي تدعم حق المحتكم في الادعاء عن طريق إرفاق قائمة ببيناته مع طلب التحكيم إذا رغب في ذلك، حيث يقوم المركز بالاتصال مع الأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات المرتبطة في فترات زمنية معينة، ثم يقوم المحتكمون بأداء الرسوم الإدارية المحددة.

3- يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم وقبوله له بغض النظر عن إخطار المحتكم ضده بالادعاء أو أداء الرسوم الإدارية، ثم يتم إخطار المحتكم ضده بالادعاء - إن لم يكن المحتكم قد أخطره بذلك مسبقاً - ومنحه مهلة لتقديم جوابه الذي يتضمن:

أ- دفوع واعتراضات المجاوب على الادعاء وذكر طلباته.

ب- قائمة ببيناته التي يستند إليها في جوابه والمؤيدة لدفاعه.

ج- تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم.

وهنا يرفق المجاوب قائمة البينات مع الجواب المرسل للمركز، بالإضافة إلى تحديده عدد المحكمين - واحد أو ثلاثة - وإرسال قائمة بأسمائهم ليعين المركز واحداً من القائمة في هيئة التحكيم، في حالة عدم إرسال قائمة بأسماء المحكمين يقوم المركز بالاختيار، أما إذا اختار المحتكم

محكماً فرداً لنظر النزاع وعارض المحتكم ضده اختيار المحتكم خلال المدة المحددة فيتعين عليه أداء الرسوم الإدارية عن ثلاثة محكمين وإرسال قائمة بأسماء ثلاثة محكمين ليكون أحدهم في هيئة التحكيم، ليقوم المركز بدوره بإخطار المحتكم بوجود ثلاثة محكمين بدلاً من واحد وأن عليه أداء الفرق في الرسوم الإدارية عن اختياره لمحكم فرد خلال مدة معينة من إخطاره، وبنكوص المحتكم عن دفع الفرق في الرسوم الإدارية خلال المرحلة المحددة يعد بذلك راجعاً عن ادعائه.

4- يقوم المركز بتعيين هيئة التحكيم إذا ما تجاهل المحتكم ضده طلب التحكيم أو لم يقدم جوابه خلال المدة المحددة له، مع إخطاره مرة أخرى بضرورة تقديم الجواب والبيانات المشار إليها سابقاً وذلك خلال مدة زمنية معينة.

5- إذا وجد المركز نقصاً في بينات المحتكم ضده بالجواب فعليه إخطاره بذلك خلال مدة معينة من استلام الجواب ومنحه مهلة إضافية لإكمال النقص، ويمكن للمحتكم ضده أن يرفق مع جوابه ادعاءً مقابلاً خلال إجراءات نظر النزاع مع دفع الرسوم الإدارية المقررة لادعائه المقابل وتزويد المحتكم بنسخة عن ادعائه المقابل ليقوم بالرد عليه، على أن يرفق المدعي بالتقابل البينات والدفوع المؤيدة لادعائه المتقابل ثم تحكم الهيئة في الادعاءين معاً، وللمحتكم ضده أن يطلب إجراء المقاصة بين ماله في ذمة المحتكم وما هو في ذمته له.

6- باكتمال بينات المحتكمين يعين المركز موعد المحاكمة، حيث يتقدم كل فريق بأدلته وبيناته، ثم تبدأ عملية التحكيم، وتستمر بإصدار الحكم وقيده على الموقع الخاص بالقضية على الإنترنت.

وبعد استعراض أهم خطوات عملية التحكيم الإلكتروني وما تضمنته من إجراءات محددة وعناصر معينة قبل عرض النزاع على هيئة التحكيم بهدف تنظيم سير عملية التحكيم الإلكتروني وإتباعه كوسيلة حديثة من وسائل فض المنازعات، نتطرق إلى بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني.

ثانياً: بدء إجراءات التحكيم

تبدأ إجراءات المحاكمة التحكيمية في اليوم المعلن عنه مسبقاً والذي أخطر به المحتكمون بعد أن يكون المركز قد تسلم جواب وبينات المحتكم ضده ومنح المحتكمين مهلة كافية لتقديم أية بينات إضافية أو التعديل في البينات المقدمة، وتتم الإجراءات بحضور المحتكمين أو ممثليهم لجلسات المحاكمة التحكيمية، حيث تقتصر الجلسات على تقديم البينات المحددة المقدمة مع الادعاء أو مع الجواب أو البينات الإضافية، وهذه البينات هي البينة الخطية أو الشخصية أو طلب الخبرة الفنية والمعاينة (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 357).

1- البينة الخطية:

الأصل أن يقدم المحتكمون بياناتهم أمام الهيئة مباشرة شريطة أن يكون قد أشار المحتكمون لهذه البيانات ضمن قائمة البينات المقدمة عند الادعاء أو الجواب، واستثناء لهذا الأصل أجازت مراكز التحكيم لهيئات التحكيم أن توافق على تقديم أية بينة لم يشر إليها مقدمها ضمن قائمة بيناته، وذلك إذا ما ارتأت هيئة التحكيم وجود أسباب مبررة وجدية لقبول البينة تبعاً لمدى أهميتها في حسم وفصل النزاع، كما أن لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تطلب أية بينة إضافية تراها ضرورية للفصل في النزاع (محمود، سامح، المرجع السابق).

2- البينة الشخصية:

لطرفي النزاع حرية الاستعانة بشهادة الشهود لإثبات أية وقائع تؤيد ادعاءهم أو جوابهم مع تحديد آلية سماع شهادة الشاهد وكيفية الاتصال به إما عن طريق الهاتف، أو استدعائه لجلسة سرية لاستجوابه ومناقشته حول النقاط المتعلقة بالنزاع، أو سماعه بشكل مكتوب سواء بتقديمه إفادة موقعة أو إقرار مشفوع باليمين (جبران، محمد، المرجع السابق).

3- الخبرة الفنية والمعاينة:

لطرفي النزاع حق طلب إجراء الخبرة الفنية لإثبات أية وقائع تتعلق بموضوع النزاع كالعيب في المبيع أو تقدير الضرر الذي لحق بالمشتري أو أية أمور تلعب الخبرة دوراً مهماً في تقديرها، ويتعين على من يرغب في طلب الخبرة الفنية لتأييد أية واقعة يراد الاستناد إليها في النزاع أن يقوم بإخطار الهيئة والطرف الآخر بالرغبة في إجراء الخبرة قبل وقت معقول من بدء المحاكمة وأن يقوم بتزويد الهيئة والفريق الآخر بالوقائع المراد من خلالها الاستعانة بالخبرة الفنية لإثباتها، وأن يقوم بتزويد الهيئة والفريق الأخير باسم الخبير لتقرر الهيئة بعد استماعها إلى دفوع واعتراضات الطرف الآخر إجازة إجراء الخبرة أو رفضها (ابو الهيجاء، محمد، 2009، ص ص: 81 ـ 82).

كما أن لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تطلب إجراء الخبرة الفنية، في أية مرحلة من مراحل المحاكمة، بعد إحاطة طرفي النزاع علماً بذلك، وتعيين خبير أو أكثر تقوم الهيئة بإفهامه المهمة المرسومة إليه، وتحليفه القسم القانوني بعد ذلك وتعهده بصيانة سرية مهمته (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 359).

كما أن لهيئة التحكيم، أثناء السير في إجراءات التحكيم، إجراء المعاينة سواء أكانت تلك المعاينة بواسطة الهيئة نفسها أم بواسطة خبير تعينه متى كان

لها الصلاحية في اتخاذ مثل هذا الإجراء، والغاية من إجراء المعاينة هي استجلاء الحقيقة حول مسألة معينة تتعلق بموضوع النزاع وتوضيح ما قد يخفى ويستعصى على هيئة التحكيم من أمور (جبران، محمد، المرجع السابق).

البند الثاني: أبرز الإشكاليات التي تثيرها إجراءات الخصومة التحكيمية الإلكترونية

تثير إجراءات سير الخصومة التحكيمية الإلكترونية العديد من الإشكاليات والصعوبات بحكم طبيعة الوسط الإلكتروني الذي تجري فيه، إذ يؤكد البعض أنه في سياق الإجراءات المتبعة بالوسائل البديلة لحسم المنازعات في الطرق الإلكترونية، وخاصةً التحكيم الإلكتروني، فإن ضمانات المحاكمة العادلة واحترام سيادة القانون لا يمكن أن تكون بنفس الكيفية التامة بالأجواء التقليدية (Haitham, A. Halouch & Bashar, H. Malkawi, P.407) وبهذا الصدد ينبثق السؤال التالي، **هل تحقق إجراءات الخصومة الإلكترونية ضمانات المحاكمة العادلة؟**

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التعرض لأبرز الإشكاليات التي تثيرها إجراءات التحكيم الإلكتروني على النحو الآتي:

أولاً: خصوصية جلسات التحكيم الإلكتروني

في إطار التحكيم التقليدي تعقد هيئة التحكيم الجلسات مرافعة، لتمكين كل من طرفي النزاع شرح موضوع دعواه أو جوابه وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والطلبات بالشكل المكتوب، بمعنى آخر فإن الأصل هو انعقاد الجلسات بطريقة المرافعة الشفوية، والاستثناء هو الاكتفاء بتقديم المذكرات والمستندات إلى هيئة التحكيم مكتوبة، ولما كان الحال كذلك فإن هيئة التحكيم تلتزم بعقد جلسات التحكيم مرافعة إذا طلب

منها أحد الأطراف ذلك ولا يسوغ لها رفض طلبه، وإلا كان في ذلك إخلال بحق الدفاع، ما يعتبر سبباً من أسباب الطعن ببطلان الحكم (مطر، عصام، المرجع السابق، ص: 443).

وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول إذا كان من المقبول إدارة جلسات التحكيم في الشكل الإلكتروني؟

مما لا شك فيه أن وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة ـ ومن أهمها الإنترنت ـ تطورت ولا سيما فيما يتعلق بتقنية سماع الأصوات وانتقال الصور وإرسال النصوص بشكل فوري ولحظي بين الأطراف، كما أتاح البريد الإلكتروني نقل النصوص والمستندات السمعية والبصرية بطريقة التبادل الإلكتروني، حيث يمكن لمن يستعمل هذه التقنيات الحديثة استخدامها في تقديم الأدلة والمرافعات وعقد الجلسات بين أعضاء هيئة التحكيم؛ الخصوم والمحكمين (جمعة، حازم، المرجع السابق).

كما أن المؤتمرات المرئية ـ الجلسات المرئية عن بعد (Video conference) هي دون شك أكثر الوسائل ملاءمة لانعقاد الجلسات في العالم الافتراضي لأنها تجعل الأطراف كأنهم موجودون طبيعياً بما يشبه الجلسات التي يكون فيها الأطراف حاضرين شخصياً (حوته، عادل، 2005، ص: 321).

ولم تشر القواعد المنظمة للتحكيم التقليدي إلى هذه الوسائل، فلقد نصت القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية في باريس ـ على سبيل المثال لا الحصر ـ في المادة (20) منها على أن تسمع المحكمة الأطراف والشهود وغيرهم حضورياً، كما أن المادة (21) منها لم تشر إلا إلى الجلسات التي تعقد طبيعياً، وأكدت على ضرورة حضور الأطراف شخصياً، ونرى أن المصطلحات المستخدمة في الصياغة الخاصة بالاتفاقيات الدولية للتحكيم والقوانين الوطنية للتحكيم لا تتناسب مع خصوصية التحكيم الإلكتروني.

وتجدر الإشارة إلى أن القواعد الحديثة المنظمة للتحكيم الإلكتروني أجازت حدوث الحوار بين الخصوم بكل وسيلة مقبولة، لذا فإنه يجب أن يشمل مصطلح الجلسة ـ بجانب الحضور الطبيعي للأطراف ـ المؤتمرات التليفونية والاجتماعات السمعية والبصرية، والتبادل الفوري الموثق للاتصالات الإلكترونية بالطرق التي تسمح بإرسال واستقبال هذه الاتصالات؛ وفقاً لما نصت عليه المادة (27) من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO).

وفي هذا الصدد نجد أيضاً، أن محكمة التحكيم الإلكترونية - والتي يرجع أصل نشأتها إلى المشروع الذي تقدم به مركز أبحاث القانون التابع لجامعة مونتريال في كندا - قد أشارت في المادة (2/21) من لائحة المحكمة على أنه: "للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة لتسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف" ومؤدى ذلك أن هذه اللائحة أكثر تحرراً، إذ إنها أجازت للمحكمة استخدام كل وسيلة معقولة تسمح بتبادل البلاغات وبصفة خاصة التلفون، المداولة التلفزيونية والفاكس (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 344).

ورغم وجود النصوص التي تتسع لاعتماد محاضر الجلسات عن بعد، وحق الأطراف الاتفاق صراحة على أن تجري المرافعات في شكل المبادلات الإلكترونية، فليس لزاماً أن تأخذ المحكمة بتلك الجلسات المادية، فإنه حتى في حالة التحكيم الإلكتروني يكون التلاقي بين الأطراف أمراً مفيداً، على الأقل في بداية مرحلة الإجراءات التحكيمية، وذلك من أجل التعارف بين الأطراف والمحكمين، وخلق المناخ الملائم والثقة الضرورية لهذا النوع من التحكيم (جمعة، حازم، المرجع السابق؛ الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 345).

وخلاصة ذلك نقول إنه يمكن إدارة جلسات التحكيم إلكترونياً؛ وتكون الإجراءات صحيحة، حيث يتم حضور الأطراف للجلسات عن بعد، حيث يتناقلون

الصور ويجري التعارف فيما بينهم عن طريق الاجتماع المرئي، بشكل يكون معه مماثلاً للجلسة التي يحضرها الأطراف شخصياً، ومن ثم تتوافر بتلك الآلية ضمانات احترام حقوق الدفاع المواجهة وصحة إجراءات المحاكمة طالما أن هذه الوسائل تؤدي نفس الدور الذي تقوم به الجلسات التي تعقد طبيعياً، خاصة أنها تنقل الصور في الحال مما يتيح الفرصة للمحتكمين رؤية بعضهم بشكل يضمن احترام تلك الضمانات خاصة ما تعلق منها بحقوق الدفاع والمواجهة.

ثانياً: البينة الشخصية

إذا أخذنا بإمكانية تبادل الحجج والبينات بين الأطراف عبر البريد الإلكتروني أو غيرها من الوسائل الإلكترونية عن طريق استجواب أو مناقشة الشهود والخبراء أو الاستيضاح من الخصوم بالطريقة الشفوية في العالم الافتراضي عبر شبكة الإنترنت، فإن هذه المكنة تثير كثيراً من التساؤلات حول **مدى مشروعية مثل هذا الإجراء، ومدى تأثيره على احترام مبدأ المواجهة وحق الدفاع عن طريق ضمان كل طرف تقديمه لبيناته على أكمل وجه؟**

يرى البعض أن استجواب ومناقشة الشهود والخبراء أو الاستيضاح من الخصوم وإن كان من الممكن أن يتم في ظل التقدم التقني الهائل بطريقة إلكترونية عبر وسائل الاتصال اللاسلكية أو عبر شبكة الإنترنت، إلا أن مناقشة الشهود بالطريقة التقليدية – الحضور المادي وجهاً لوجه – هي الطريقة الأكثر قدرة على استجلاء وجه الحقيقة نظراً لإمكانية مشاهدة تعبيرات وجه الشاهد: توتره، اتزانه، اندفاعه، وغيرها من العوامل المهمة التي تؤثر في تقدير صحة الشهادة على الموضوع محل النزاع (الجنبيهي، محمد والجنبيهي، منير، 2006، ص: 108).

إلا أن البعض الآخر يرى أن الوسائل التكنولوجية الحديثة المتاحة عبر شبكة الإنترنت، تسمح بتبادل النصوص والصور والأصوات بشكل فوري ولحظي بين الأطراف، بل من الممكن استخدام المؤتمرات المرئية التي تسمح بتواجد الأطراف بطريقة افتراضية بحيث تقترب هذه الآلية إلى حد كبير من تلك التي تحصل عادة بدعوة الأطراف بماديتهم لحضور الجلسات (إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 312 – 313).

أما مراكز التحكيم الإلكتروني فتأخذ صراحة بإمكانية سماع أقوال الخصوم ومناقشة الشهود والخبراء عبر الوسائل الإلكترونية، حيث أجازت المادة (27) من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) ذلك بالقول إن مصطلح الجلسة يشمل: اللقاءات المادية، أو التي تتم عبر التلفون، أو مؤتمرات الفيديو، أو الاتصال المتزامن للتبادل الإلكتروني في الاتصالات، بطريقة تسمح لأي من الأطراف تلقي أو إرسال أية رسالة من الطرف الآخر.

ويرى الباحث أن إتمام إجراءات سماع شهادة الشهود أو الخبراء وتمكين الأطراف المتنازعة من مناقشتهم أو استجوابهم لا يخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم، ومنها مبدأ المواجهة واحترام حقوق الدفاع، ذلك أن المداولة الإلكترونية باستخدام التقنيات الحديثة مثل (Video-Conference) تلبي مقتضيات احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الأطراف، ولا يوجد ما يمنع أن تقوم هيئة التحكيم الإلكتروني، لأسباب مبررة، طلب سماع شهادة الشاهد أو الخبير بالحضور المادي بالشكل الذي يسمح بسماع شهادة الشهود والخبراء بالمواجهة المباشرة إذا اقتضى الأمر ذلك، حيث إن رؤية الشاهد وهو يؤدي شهادته تلعب دوراً في تشكيل قناعة المحكم بشهادته.

ثالثاً: المعاينة

يقصد بالمعاينة مشاهدة المحكمة أو الهيئة للشيء محل النزاع لتتبين بنفسها حقيقة الأمر، وتقوم المحكمة أو الهيئة بالانتقال لمعاينة الأمر المتنازع عليه، سواء تمت المعاينة بواسطة المحكمة بنفسها أو بواسطة خبير لاستجلاء الحقيقة حول مسألة معينة تتعلق بموضوع النزاع (منصور، محمد، 2006، ص ص: 238 – 239).

يثور التساؤل حول جواز إجراء المعاينة بالوسائل الإلكترونية؟

ذهب البعض بهذا الخصوص إلى أن إتمام إجراءات المعاينة بواسطة التقنيات الإلكترونية الحديثة كالتصوير عبر شبكة الإنترنت قد لا تنجح في تحقيق العدالة، ذلك أن انتقال هيئة التحكيم أو الخبراء المعنيين لإجراء المعاينة المتعلقة بموضوع النزاع أجدى باستجلاء الحقيقة واستبعاد شبهة محاولة إخفاء أو تعديل حقيقة الأمر محل النزاع (الجنبيهي، محمد والجنبيهي، منير، المرجع السابق، ص: 107).

ويرى الباحث أنه بالرغم من إمكانية إتمام عملية المعاينة بواسطة الوسائل التقنية الحديثة، إلا أنه، ونظراً لأهمية ما تسفر عنه المعاينة من نتائج يمكن الرجوع إليها في الدفاع أو في الحكم، فعلى هيئة التحكيم الإلكترونية إذا وجدت الأسباب المبررة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال المادي لمعاينة الأمر المتنازع عليه باعتبار أن الانتقال إلى محل النزاع للمعاينة هو من الرخص القانونية لهيئة التحكيم.

رابعاً: التبليغات والإخطارات

لا تخضع إجراءات التحكيم إلى القواعد المنصوص عليها في قوانين المحاكمات أو المرافعات الخاصة بنظم التقاضي الداخلية، حيث تلعب إرادة الأطراف في التحكيم دوراً كبيراً في تنظيم تلك الإجراءات، ومن ثم للأطراف

الحرية الكاملة في تحديد طرق التبليغ أو الإخطار، والوسيلة التي يتم بها تبليغ أحد الطرفين للآخر بطلب التحكيم، أو أية أوراق أو مستندات أو لوائح أخرى يتعين وصولها إلى علم الطرف الآخر (مطر، عصام، المرجع السابق، ص: 442).

وبهذا الصدد يثور التساؤل عن مدى صلاحية الوسائل الإلكترونية في إيقاع التبليغات والإخطارات بين أطراف الخصومة التحكيمية؟

أجازت المادة (3/2) من لائحة غرفة التجارة الدولية في باريس أن يتم الإخطار بطلب التحكيم عبر الإنترنت، حيث نصت المادة المذكورة على أنه "الإخطار أو الإعلان يمكن أن يتم من خلال التسليم بإيصال، أو بخطاب موصى عليه، أو فاكس، أو تلكس، أو برقية، أو بأية وسيلة أخرى للاتصال تسمح بتقديم دليل على إرساله".

كما نص نظام التحكيم المستعجل التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) في المادة الرابعة منه على أن "كل إخطار أو أي إبلاغ يمكن أن يتم في الشكل الكتابي أو أن يتم إرساله بالبريد العاجل أو يرسل بالفاكس أو البريد الإلكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بإقامة الدليل عليه".

ويرى الباحث أنه متى وقع التبليغ أو الإخطار بالشكل الإلكتروني على أحد الوجوه المتفق عليها بين أطراف النزاع، أو أحد الوجوه المبينة في لوائح مراكز التحكيم الناظرة للنزاع، أو بأية وسيلة للاتصال تسمح بإقامة الدليل على إرساله، فإن هذا التبليغ يعتبر منتجاً لآثاره القانونية حيث يسير المحكم في الدعوى التحكيمية إذا رأى أن التبليغ موافق للأصول المتفق عليها أو المنصوص عليها، وبالتالي تعتبر الوسائل الإلكترونية صالحة لإيقاع التبليغات والإخطارات من خلالها.

خامساً: تبادل الوثائق والطلبات والبينات

إن تبادل المستندات وأدلة الإثبات بين الأطراف يساعد المحكم في الفصل في موضوع النزاع، ولم تذكر النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم التقليدي سوى الوثائق المكتوبة، إذ إنه لم يخطر ببال مشرع هذه النصوص بتلك الحقبة إمكانية وجود الوثائق الإلكترونية (حوته، عادل، المرجع السابق، ص: 320).

لذا يثور التساؤل هنا عن مدى جواز تبادل الوثائق والطلبات والبينات بالشكل الإلكتروني؟

لا جدال في أن مشكلات الكتابة التي تثور في إطار التحكيم الإلكتروني تفرض نفسها بصفة أساسية فيما يتعلق بالوثائق والمستندات والطلبات والمذكرات المقدمة في المناقشات أو المرافعات، فمن المقرر أن المستندات سواء الطلبات الخطية أو المذكرات أو تقارير الخبرة أو المرافعات النهائية ترد على دعائم ورقية ولعل هذا هو السبب الذي من أجله لم تشر النصوص المتعلقة بالتحكيم إلى إمكانية تقديم تلك المستندات بالشكل الإلكتروني (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص ص: 339 – 340).

من ذلك ما تنص عليه المادة (32) من قانون التحكيم الأردني، من أنه: "أ- تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك...".

من ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (2/20) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس، من أنه: "بعد فحص الأدلة المكتوبة وسجل المستندات المقدمة من جانب الأطراف للمرافعة، تستمع المحكمة إلى أقوال الأطراف في مواجهة

بعضهم بعضا، بناءً على طلب أحدهم، كما لها أن تقرر سماعهم من تلقاء نفسها".

إلا أنه ونتيجة التطور الهائل في وسائل الاتصال الحديثة، وازدياد درجة الموثوقية بها، الأمر الذي ذهب بالعديد من المؤسسات الدولية التي تعنى بالتحكيم إلى الاعتراف بالتبادل الإلكتروني للأدلة والمستندات والوثائق الإلكترونية بين أطراف النزاع بما يسمح للمحكم الاعتماد عليها بحسم النزاع (جبران، محمد، المرجع السابق).

ويرى الباحث أن هيئة التحكيم تستمد سلطاتها من اتفاق الخصوم، ولما كانت معظم التشريعات المعنية بالتحكيم تأخذ بمبدأ حرية المحتكمين الاتفاق على طرق الإثبات وأدلته، النحو الذي يسمح للأطراف بحرية الإثبات بكل الطرق بما في ذلك الشهادة والقرائن في مواجهة الكتابة، وفي ظل هذا المبدأ مبدأ حرية الإثبات، يجد التحكيم الإلكتروني مجالاً خصباً لاستيعاب أساليب الإثبات التي يستحدثها التعامل القانوني من حين إلى آخر؛ ولما كانت وسائل الاتصال الحديثة تتيح نقل وتبادل المستندات بشكل إلكتروني يضمن سلامتها وصحتها، ولا يمس بمبدأ المواجهة بين الخصوم بل يحترم أيضاً حقوق الدفاع، مما يدفعنا إلى القول بجواز تبادل الوثائق والبينات بالشكل الإلكتروني، طالما أنها لا تمس بالقواعد القانونية التي توجب ضمان صحة إجراءات العملية التحكيمية.

الفصل الثالث

دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني في إطاره الموضوعي والإجرائي

3

المحور الأول: دور القاضي الوطني في تقدير حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات

المحور الثاني: دور القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني

المحور الثالث: دور القاضي الوطني في تحقيق فاعلية نظام التحكيم الإلكتروني

الفصل الثالث

دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني في إطاره الموضوعي والإجرائي

يعيش العالم الآن ثورة معلوماتية والتي من أبرز ظواهرها ظهور شبكة الإنترنت والتي تقوم بالأساس على استخدام الحواسيب الآلية المرتبطة ببعضها بعضا عالمياً، وازدياد حجم العقود المبرمة عن طريق الإنترنت، والاطراد في حجم الخلافات الناشئة عنها، حيث ظهرت فكرة التحكيم عن بعد "التحكيم الإلكتروني" الذي يقوم على حل النزاعات عن طريق الإنترنت (محمود، سامح، المرجع السابق).

وبالرغم من تميز هذا النوع من التحكيم بما يوفره للأطراف من مميزات التحكيم التجاري الدولي التقليدي، فضلاً عن أنه يوفر مميزات إضافية عديدة، مثل سرعة وسهولة إجراءاته وتقليله من النفقات وجريان عملية التسوية بالسرية التامة؛ مع ذلك فإن هنالك العديد من الصعوبات والإشكاليات والمعوقات التي تعترض هذا النوع من التحكيم، منها مسألة حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، ومسألة صحة اتفاق التحكيم المبرم بالشكل الإلكتروني، ومسألة شرعية جريان إجراءات الخصومة التحكيمية عبر الوسائط الإلكترونية.

ولا جرم أن إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني وجريان إجراءات الخصومة التحكيمية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة يثير اهتمام رجل القانون، مشرعاً وفقيهاً وقاضياً: المشرع: بضرورة ملاحقة هذا التطور المذهل والتصدي له بالقواعد القانونية التي تتلاءم معه، والفقيه: بالاجتهاد الدائم، فيعرض بالدراسة

لما قد يثار من مشكلات، ويطرح ما يراه مناسباً من الحلول، والقاضي: بضرورة الإلمام بالأنظمة القانونية المقارنة، فإبرام العقود عبر هذا الطريق ستنتج عنه بلا شك آثار قانونية في حق كل طرف، وعلى القاضي أن يلعب دوراً خلاّقاً، ولا يقف حبيس النصوص القانونية الجامدة؛ بل يوسع من مجال تطبيقها بالقياس أحياناً والاستنباط أحياناً أخرى، فيبسط بذلك العدالة ويحفظ الحقوق؛ فيكتمل بذلك الرأي القانوني السليم (رشدي، محمد، 2008، ص ص: 6 ـ 7).

من هنا نحاول تسليط الضوء على دور القاضي الوطني في تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني، من خلال إيجاد الحلول القانونية المناسبة لأبرز التحديات والصعوبات التي تعترض نظام التحكيم الإلكتروني سواء في إطاره الموضوعي أم في إطاره الإجرائي.

مما تقدم يتطلب تقسيم هذا الفصل إلى المحاور التالية:

المحور الأول: دور القاضي الوطني في تقدير حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات.

المحور الثاني: دور القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني.

المحور الثالث: دور القاضي الوطني في تحقيق فاعلية نظام التحكيم الإلكتروني.

المحور الأول: دور القاضي الوطني في تقدير حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات

يمر العالم الآن بمرحلة تحول أساسية، في البيئة العلمية والتكنولوجية، والقدرة على البحث والتطوير، حيث انطلقت ثورة المعلوماتية وقد صاحب هذه الثورة ظهور أشكال جديدة للاتصال والتعامل تقوم على آلات وأجهزة غاية في

الدقة والاتقان وعلى رأسها الحاسب الآلي الذي أدى انتشاره إلى إحداث تحول رئيس في حياة الإنسانية، فغير من أنماط الحياة وبدّل من طبيعة الوظائف وساهم في انفتاح المجتمعات الإنسانية عبر شبكة الإنترنت ـ تلك المجموعة من الحواسيب المرتبطة ببعضها بعضاً والتي تتبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة ـ بيد أنه إذا كانت لهذه الأدوات الحديثة ميزة في التعامل على مستوى العالم، إلا أن من شأنها إلقاء العبء الأكبر على من يتولى تهيئة الحياة القانونية لصور التعامل اليومي عن طريقها (رشدي، محمد، المرجع السابق، ص ص: 143 ـ 144).

الأمر اللافت في هذه التعاملات، أنها تتم عن بعد في صورة بيانات رقمية ومعلومات معالجة إلكترونياً، تنتقل من خلال حاسب إلى آخر دون دعّامات ورقية مكتوبة، فلم تعد الفكرة التقليدية لإعداد الدليل الكتابي ذات أهمية في تلك المعاملات في مجال المعلوماتية، لذا لعل أبرز المشكلات القانونية التي تطرحها تلك التعاملات هي مشكلة الإثبات، فكيف يتسنى إثبات تلك التعاملات غير الورقية؟ وهل ما زالت الكتابة هي الوسيلة الأفضل للإثبات؟ وهل يمكن طرح أدلة جديدة للإثبات؟ هذه التساؤلات وغيرها، تمتد لتشمل استخدام كل وسائل الاتصال عن بعد كالهاتف والتلكس والفاكس والحاسب الآلي والإنترنت، فما مدى الحجية القانونية لهذه الوسائل؟ وما مدى صلاحية هذه الوسائل في استيفاء الشكلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني أو إثباته؟ وما مدى صلاحية تلك الوسائل حتى تجري بواسطتها إجراءات الخصومة التحكيمية الإلكترونية؟

كل هذه التساؤلات تطرح عند دراسة هذا الموضوع المهم في مجال نظام التحكيم الإلكتروني، نحاول الإجابة عنها كما نحاول أن نطرح ما نراه مناسباً من حلول حول دور القاضي الوطني في منح الحجية القانونية لوسائل الاتصال في انعقاد أو إثبات اتفاق التحكيم الإلكتروني أو في جريان إجراءاته.

البند الأول: مفهوم الإثبات وأهمية دور القاضي الوطني بصدده

للإثبات أهمية فائقة في مجال التعاملات سواء أكانت التقليدية منها أم الإلكترونية، فالمجتمع المثالي يأبى فيه ضمير الفرد أن ينكر حقوق الآخرين، لكن مثل هذا المجتمع لا وجود له في الواقع فعندما تتعارض المصالح بين الأفراد قد تفضل النفس البشرية إنكار حقوق الآخرين بما يجعل صاحب الحق مجبراً على إثبات ما يدعيه بالطرق الجائزة أمام السلطة التي أناط بها المجتمع أو الخصوم حماية الحقوق؛ وهي السلطة القضائية أو هيئة التحكيم حسب مقتضى الحال (المهدي، أحمد، 2006، ص:7).

وللإثبات أهمية كبيرة في إثبات التصرفات القانونية وهذا ما سنتناوله في الصفحات الآتية:

أولاً: ماهية الإثبات وأهميته

الإثبات بمعناه العام هو محاولة الوصول إلى الحقيقة المجردة، حيث ينشد الإنسان التحقق من واقعة غير معروفة أو متنازع عليها بأية وسيلة كانت؛ أما في المجال القانوني فيقصد به الإثبات القضائي، أي إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق أو صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة (منصور، محمد، 2006، ص: 7).

أو هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها (رشدي، محمد، المرجع السابق، ص: 148).

والإثبات القانوني له أهمية بالغة بالنسبة للحق، فهو يؤكد وجوده وصحته، حيث لا يستطيع الشخص الحصول على حقه، عند المنازعة فيه إلا بإقامة الدليل عليه أمام القضاء، إذ إن الحق وهو موضع التقاضي يتجرد من كل

قيمة، إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام الحق، ومعقد النفع فيه، فالحق لا قيمة له إذا لم تتوافر الوسيلة لإثباته عند المنازعة فيه (النداوي، آدم، 2001، ص: 23).

من هنا تتضح أهمية الإثبات، فلا يستطيع القاضي أن يقضي بالحق المدعى به إلا إذا ثبت أمامه بالدليل الذي رتبه القانون له، فإذا كانت الغاية التي يسعى إليها الشخص، عندما ينازعه غيره في حقه، هي الحصول على الحماية القانونية لهذا الحق عن طريق القضاء، فإن القاضي لا يستجيب لطلب حماية الحق المتنازع عليه إلا إذا أثبت صاحب الحق وجوده، ولهذا فالحق الذي ينكره الخصم ولا يستطيع صاحبه أن يقيم الدليل أمام القضاء عليه، ليس له من الناحية العملية قيمة، إذ إن عدم إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة محل النزاع يحول دون حصول صاحب الحق على الحماية القانونية، فيكاد يكون وجود الحق مع غياب الإثبات كعدم وجوده (رشدي، محمد، المرجع السابق، ص ص: 148 ـ 149).

ثانياً: مبادئ الإثبات

استقرت التشريعات الحديثة على بعض المبادئ التي اتخذتها أساساً لنظام الإثبات وهي:

1. **مبدأ الإثبات حق للخصوم:** أي أن لكل خصم الحق في إثبات ما يدعيه أمام القضاء بالطرق المبينة في القانون، فللمدعي حق تقديم جميع ما عنده من أدلة يسمح بها القانون لإثبات ما يدعيه، وللمدعى عليه إقامة الدليل على ما يدعيه المدعي بالرد والنفي (منصور، محمد، 2006، ص: 20).
2. **مبدأ المجابهة بالدليل:** ويقصد بذلك تمكين كل خصم من مناقشة الدليل المقدم من خصمه وتفنيده والرد عليه، لذلك يتوجب على القاضي أن يعلم الخصم بكل دليل يقدم ضده ليتسنى له مناقشته والرد عليه

فلا يجوز أن يأخذ القاضي بدليل دون أن يعرضه على من يحتج عليه به (الشريفي، رضوان، المرجع السابق).

3. **لا يجوز أن يصطنع الشخص دليلاً لنفسه:** من المقرر أن لصاحب الحق إقامة الدليل على دعواه، ويجب أن يكون الدليل الذي يحتج به على الخصم صادراً منه، فالقاضي لا يمكن أن يقضي لشخص بناءً على مجرد ادعاءات أو أوراق صادره منه نفسه، إذ لا يستطيع الشخص أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه، وهذا يعني أن دليل الإثبات الذي يستند عليه القاضي، ينبغي أن يكون دليلاً صادراً من الخصم نفسه حتى يتمكن من الاحتجاج به عليه (منصور، محمد، المرجع السابق، ص ص: 21 ـ 22).

4. **لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه:** ومعنى ذلك أنه إذا كان لدى أحد الخصوم دليلٌ يفيد خصمه فلا يجوز إجباره على تقديم هذا الدليل في الدعوى ما دام لا يصب في مصلحته، مع ذلك يجوز لأحد الخصوم أن يلتمس من المحكمة إلزام الخصم الآخر على تقديم ما تحت يده من محررات في الدعوى، إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها؛ أو إذا كانت الورقة مشتركة بين الخصوم بأن تكون محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهم وحقوقهم المتبادلة؛ أو إذا استند أحد الخصوم إلى الورقة في أية مرحلة من مراحل الدعوى (منصور، محمد، المرجع السابق، ص ص: 22 ـ 24).

5. **مبدأ حياد القاضي:** فالإثبات من حق الخصوم وواجبهم في حدود القانون، فالخصوم هم الذين يقومون بتقديم الدفوع والطلبات ووسائل الإثبات، فالحياد يجعل دور القاضي مقتصراً على تلقي أدلة الخصوم،

ومن ثم يتولى تقديرها ، فلا يحق لـه أن يبني حكمه على دليل يستمده بنفسه بل يتقيد بما يقدمه الخصوم، فالقاضي لا يهمه جمع الأدلة ، بل يستند فقط إلى ما يقدم إليه منها ، فإذا عجز الخصم عن تقديم الدليل على الواقعة المدعاة فالقاضي يعتبرها غير ثابتة ، فلا يستطيع أن يثير واقعة لم يتطرق إليها الخصوم، أو أن يساعد الخصم الذي عجز عن إثبات دعواه، لكن حياد القاضي لا يعني السلبية المطلقة ، فله في سبيل الوصول إلى الحقيقة حق استكمال الأدلة وتحقيق الدعوى، فيحق له الاستيضاح من الخصوم، أو الشهود ، أو إجراء الخبرة والمعاينة ، كما يحق له أن يوجه اليمين إلى أحد الخصوم (النداوي، آدم، المرجع السابق، ص ص: 110 – 111).

وتترتب على هذا المبدأ النتائج التالية:

أ. **عدم جواز حكم القاضي بعلمه الشخصي**: فلا يجوز للقاضي أن يحكم بناءً على معلوماته الشخصية في الدعوى، بل يكتفي بما تضمنه ملف الدعوى من أدلة وبراهين (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 188).

ب. **الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات**: مبدأ حياد القاضي لا يتعارض مع منحه دوراً إيجابياً في تسيير الدعوى، فالخصومة ليست مجرد نزاع فردي بل إن للمجتمع مصلحة حيوية في استقرار الأوضاع وانتصار الحق، والقاضي باعتباره ممثلاً للمجتمع له سلطات واسعة في تقدير الأدلة واستكمالها حتى يتمكن من الوصول إلى الحقيقة ، فله أن يحكم بإحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة، وله أن يأمر بإدخال من يرى أن إدخاله بالمحاكمة يحقق العدالة أو يظهر الحقيقة، وله الحرية في تقدير

أدلة الخصوم وأن يتخذ ما يراه مناسباً من إجراءات الإثبات في حدود المقبول منها قانوناً، وله عند الحكم في الدعوى أن يضفي الوصف الصحيح المطابق للقانون دون أن يتقيد بالوصف الذي يضفيه الخصوم عليها (منصور، محمد، المرجع السابق، ص ص: 14 – 17).

ولا شك بأن هذه المبادئ الجوهرية والأساسية تشكل ركيزة في نظام الإثبات الإلكتروني لما تمثله من ضمانات في مواجهة الصعوبات التي تعترض استخدام الوسائل الحديثة في إثبات اتفاق التحكيم المبرم عبر الإنترنت.

ثالثاً: موقف القاضي الوطني من محل الإثبات

هدف الإثبات القضائي هو حماية الحقوق، وضمان تمتع أصحابها بها، لأنها مصلحة يقرها القانون ويحميها ويفرض على الكافة الالتزام باحترام هذه الحقوق وتمكين أصحابها من الحصول على مزاياها ومباشرة السلطات التي تنطوي عليها، ويختلف دور القاضي في الإثبات بالنسبة لعنصر القانون عنه بالنسبة لعنصر الواقع؛ **فبالنسبة لعنصر القانون**: عندما يطالب المدعي بحماية حق أو مركز قانوني فإن ذلك يستلزم بالضرورة وجود قاعدة قانونية تعترف بهذا الحق أو المركز القانوني وتحميه، ويتلخص دور القاضي هنا، بأن أمر إثبات وجود القاعدة القانونية يقع على عاتقه؛ أما **بالنسبة لعنصر الواقع**: المتمثل في الواقعة ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام، فإن عبء إثبات الوقائع يقع على عاتق الخصوم (النداوي، آدم، المرجع السابق، ص: 25).

والقاضي بهذا الصدد يراقب الخصومة من حيث توافر شروط الإثبات، بأن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزاً قبولها، ومحل الإثبات بذلك في الإثبات التقليدي لا يختلف عنه في البيئة الإلكترونية، إذ يمكن أن يكون مصدر الحق تصرفاً قانونياً كاتفاق تحكيم تم إبرامه في صورته

التقليدية أم تم إبرامه في صورته الإلكترونية، فالفارق لا يعدو عن كونه وسيلة الانعقاد وهو بذلك ليس له أي تأثير على الشروط القانونية الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات (الدمياطي، تامر، 2009، ص: 123).

وقد نصت المادة (1/4) من قانون البينات الأردني على الشروط التي يستلزمها القانون في الواقعة المراد إثباتها، حيث جاء فيها: "يجب أن تكون الوقائع التي يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزاً قبولها" لذا فإن الشروط القانونية الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات تتلخص بما يلي:

أ. **أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى**: والمقصود بذلك أن تكون الواقعة المراد إثباتها على صلة قوية بموضوع النزاع (النداوي، آدم، المرجع السابق، ص: 39).

ب. **أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى**: والواقعة المنتجة هي التي يؤدي إثباتها إلى اقتناع القاضي بوجود الحق المدعى به، فالواقعة تكون مقبولة أمام القضاء إذا أثبت كل أو بعض ما يطالب به طالب الإثبات، وتكون كذلك إذا كان ثبوتها يؤثر في الحكم الذي سيصدر فيها (منصور، محمد، المرجع السابق، ص ص: 33 ـ 34).

ج. **أن تكون الواقعة جائزة القبول**: وكون الواقعة جائزة الإثبات بأن لا يحرم القانون إثباتها لسبب يتعلق بالنظام العام أو الآداب، كما تكون الواقعة غير جائزة القبول إذا كانت مستحيلة الإثبات بطبيعتها (دودين، بشار، 2006، ص: 221).

لهذا يجب على القاضي في نطاق تقديره لأدلة الإثبات أن يقوم بفحص وقائع الادعاء لمعرفة تعلقها بالدعوى، وكونها منتجة فيها، وجائزاً قبولها، ثم بعد ذلك يقدر أنسب أدلة الإثبات الواجب على الخصوم تقديمها لإثبات هذه الوقائع،

والعبرة هنا بما تقتضيه وقائع الدعوى لا بما يتمسك به أو يقدمه الخصوم (عمر، نبيل، 1984، ص: 436).

البند الثاني: وسائل الاتصال الحديثة المستخدمة في التحكيم الإلكتروني

يقصد بوسائل الاتصال الحديثة وفق قانون الاتصالات الأردني رقم 13 لسنة 1995 وتعديلاته ـ المادة الثانية منه ـ بأنها "نقل أو بث أو استقبال أو إرسال الرموز أو الإشارات أو الأصوات أو الصور أو البيانات، مهما كانت طبيعتها، بواسطة الوسائل السلكية أو الراديوية أو الضوئية أو بأية وسيلة أخرى من الأنظمة الإلكترونية" فوسائل الاتصال الحديثة أجهزة متطورة ذات تقنية متقدمة تتولى نقل الرسائل للمعلومات أياً كانت طبيعة هذه المعلومات، سواء أكانت وسيلة توصيلها سمعية كما في الهاتف، أم مكتوبة عن طريق التلكس، أم مستنسخة الأصل كما في أجهزة نقل الصور، أو باستخدام الأنظمة الإلكترونية كما في الحاسب الآلي والإنترنت، وعليه سأقوم بتناول هذا البند على النحو التالي:

أولاً: الهاتف

الهاتف أو التليفون هو الجهاز الذي يمكن بمقتضاه التكلم والتخاطب الفوري المباشر عن طريق الأسلاك والموجات التي تربط المتحدث "المرسل" والمتحدث إليه "المستقبل" (جبران، محمد، المرجع السابق).

وتقوم آلية عمل هذا الجهاز على نقل المكالمات من خلال الأسلاك التي تربط بين المرسل والمستقبل عن طريق تيار كهربائي باستخدام الذبذبات الصوتية (أبو الليل، إبراهيم، 2003، ص: 16).

ويعد الهاتف من أكثر وسائل الاتصال الحديثة فاعلية في إبرام العقود (الجمال، سمير، 2006، ص: 36) حيث يتيح لِكُلٍ من الموجب والقابل التعبير عن إرادته، ومن ثم التعاقد، ويتميز هذا التعاقد بأنه تعاقد فوري؛ إذ يجمع المتعاقدين

في زمان واحد، ولا يحتاج وصول تعبير أحدهما إلى الآخر زمناً معيناً، كما أنه تعاقد مباشر؛ حيث يسمع كل متعاقد كلام الآخر مباشرة دون وساطة شخص آخر (أبو الليل، إبراهيم، المرجع السابق، ص: 17، إبراهيم، خالد، 2006، ص: 67).

وقد أشار المشرع الأردني إلى التعاقد عن طريق الهاتف، حيث نصت المادة (103) من القانون المدني على أنه "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس".

والتعاقد باستخدام المحادثة الهاتفية تعاقد شفوي، لذلك يصعب إثباته ما لم يتم تسجيله على شريط أو أية وسيلة أخرى، فيأخذ شكلاً ثابتاً، لذلك يتم عادة تأكيد التعاقد الذي يتم بواسطة الهاتف عن طريق التلكس أو الفاكس (إبراهيم، خالد، 2006، ص: 67).

ولا يثير إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني عن طريق الهاتف صعوبة تذكر فيما يتعلق بصلاحية هذه الوسيلة بالتعبير عن إرادة المتعاقدين طالما اتخذت شكلاً ثابتاً بصدور تأكيد كتابي من الموجب يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد في موطنه، نظراً لصعوبة إثبات التعاقد الشفوي.

ثانياً: التلكس

يتكون التلكس من جهاز لتبادل البرقيات إرسالاً واستقبالاً مزوداً بآلة طباعة إلكترونية، ويعمل هذا الجهاز عن طريق تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهرومغناطيسية يتم إرسالها سلكياً أو لاسلكياً، وعند استقبال هذه النبضات تتحول إلى كلمات مطبوعة (أبو الليل، محمد، المرجع السابق، ص ص: 18 - 19).

ويمتاز التلكس بتمكين طرفي العقد الموجب أو القابل بإرسال رغبته في التعاقد، كما أن التعبير عن الإرادة يكون بالكتابة، حيث تتميز هذه الوسيلة

بالتواجد المادي للوثيقة الورقية إذ تترك أثراً مادياً للرسائل التي يقوم بإرسالها، مما يسهل من إثبات التعاملات التي تتم عن طريقه، لسهولة التأكد من أصل وصحة رسالة التلكس لكون الأصل ثابتاً على دعائم ورقية (جبران، محمد، المرجع السابق).

ولا خلاف حول صلاحية هذه الوسيلة في استيفاء الشكل الخطي لاتفاق التحكيم الإلكتروني، حيث أوردت المادة (2/7) من القانون النموذجي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة لسنة 1985 عدداً كبيراً من الأشكال الخطية للاتفاق التحكيمي، منها تبادل الاتصال بالتلكس.

ثالثاً: الفاكس

وهو جهاز يقوم بنقل الصور الثابتة من مكان إلى آخر، عبر شبكة الهواتف، أي أنه عبارة عن جهاز استنساخ، يمكن بواسطته نقل الرسائل والمستندات المخطوطة، بكامل محتوياتها، نقلاً مطابقاً لأصلها، بحيث تظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المتلقي (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 12).

ويعتبر الفاكس وسيلة صالحة للتعبير عن إرادة الأطراف بالتعاقد، حيث أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 1996 في المادة الثانية منه إلى الفاكس باعتباره من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد (الجمال، سمير، المرجع السابق، ص: 37).

ويتميز التعاقد عن طريق الفاكس، أن التعبير عن إرادة المتعاقدين فيه يتم كتابة، إذ إن المستند المكتوب الذي يرسله الفاكس يمثل نسخة من أصل المستند المرسل، فيتميز بذلك بالتواجد المادي للوثيقة الورقية (إبراهيم، خالد، 2006، ص: 70).

ولا خلاف حول صلاحية هذه الوسيلة في استيفاء الشكل الخطي للاتفاق التحكيمي الإلكتروني، حيث أوردت المادة (10/أ) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 عدداً من الأشكال الخطية للاتفاق التحكيمي، منها ما يتضمنه تبادل الطرفين الاتصال عن طريق الفاكس أو التلكس.

رابعاً: الحاسب الآلي والإنترنت

إن لفظة الحاسب الآلي أو الحاسوب، هي المصطلح باللغة العربية لكلمة (Computer) باللغة الإنجليزية **وقد عرفه البعض بأنه**: "جهاز إلكتروني له القدرة على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة، وإجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة وبدقة متناهية" (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 17).

وعرفه البعض الآخر بأنه: "الجهاز الذي يقبل البيانات ويعالجها ويخزنها، كما يسترجعها وينتجها" وعلى الصعيد التشريعي عرف قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي في المادة الثانية منه الحاسب الآلي بأنه "جهاز إلكتروني يتعامل مع المعلومات والبيانات بتحليلها وبرمجتها وإظهارها وحفظها وإرسالها واستلامها بواسطة برامج وأنظمة معلومات إلكترونية، ويمكن أن يعمل بشكل مستقل أو بالاتصال مع أجهزة أو أنظمة إلكترونية أخرى" (ابو الليل، إبراهيم، المرجع السابق، ص: 23).

ويتكون الحاسب الآلي من مكونات مادية ومعنوية، ومن العنصر البشري فالمكونات المادية (Hardware) وهي الأجزاء الإلكترونية والميكانيكية التي تجعل الحاسوب يعمل وتتمثل في وحدة التشغيل ووحدة الإدخال، ووحدة الإخراج، والمكونات غير المادية (Software) وهي التعليمات المتسلسلة التي تخبر الحاسوب كيف ينفذ مهمة ما، والعنصر البشري (Users) وهم الأشخاص الذين يعملون على الحواسيب (دودين، بشار، المرجع السابق، ص ص: 17 – 18).

أما الإنترنت فهو ليس بجهاز مستقل، وإنما هو شبكة معلومات يتم الوصول إليها باستخدام الحواسيب الآلية التي تتصل ببعضها بعضاً في جميع أنحاء العالم (جبران، محمد، المرجع السابق).

فالإنترنت إذن مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي مرتبطة ببعضها بعضاً بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة، فهو عبارة عن شبكة متداخلة ومتشعبة تربط بين آلاف الشبكات، وتتيح الاتصال على شكل تبادل للمعلومات، في إطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب والشبكات الموجوده في جميع أنحاء العالم (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص ص: 22 – 23؛ دودين، بشار، المرجع السابق، ص: 21).

ولعل أهم خصائص الإنترنت أنه شبكة مجانية مفتوحة للكافة وغير مملوكة لأحد معين، وأنه شبكة عالمية لا تعرف الحدود بين الدول، وأنه شبكة غير متخصصة، أي لا تتخصص في نوع واحد من الخدمات دون غيره. (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص ص: 27 ـ 29).

ويقدم الإنترنت العديد من الخدمات مثل خدمة الويب أو ما يعبر عنه بالشبكة العنكبوتية العالمية؛ وتمتاز هذه الخدمة بسهولة الاستخدام، كما أنها تعمل على ربط ملايين الوثائق والأبحاث والتقارير المكتوبة والمصورة ببعضها بعضاً على نحو يؤدي إلى سهولة البحث والتجول بين الموضوعات المختلفة؛ كما يقدم الإنترنت خدمة نقل الملفات أي نسخ الملفات من حاسب آلي إلى آخر عبر شبكة الإنترنت؛ وخدمة البريد الإلكتروني (E-mail) والتي تتيح للمستخدم تبادل الرسائل الإلكترونية بسرعة فائقة؛ وخدمة الاتصال عن بعد (Telnet) والتي بموجبها يستطيع مستخدم الإنترنت الدخول إلى أجهزة حاسوب موجودة في أماكن بعيدة وذلك عن طريق بروتوكول خاص للاتصال عن بعد يوصله مباشرة

إلى مبتغاه؛ وخدمة الحوار المباشر حيث يتم تبادل الحوار الحي بالكلمة أو بالصورة أو كلتيهما، وفي نفس اللحظة مع مستخدمين آخرين، والعديد العديد من الخدمات الأخرى (الشريفات، محمود، 2005، ص ص: 13 – 17؛ مجاهد، أسامة، المرجع السابق، ص ص: 20 – 23؛ أحمد، آمانج، المرجع السابق، ص ص: 29 – 38).

ولا شك أن إبرام العقود عبر الإنترنت يعد أحد أنواع التعاقد الذي يتم عبر وسائل الاتصال الفوري الحديثة على اعتبار أن الإنترنت أحد أهم تلك الوسائل، فقد نصت المادة (102) من القانون المدني الأردني على أنه "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد..." وهذا النص أورد الهاتف كمثال لوسائل الاتصال، وترك المجال مفتوحاً أمام استخدام أية وسيلة من الوسائل المماثلة للهاتف كالتلكس والفاكس وحتى الإنترنت في التعاقد.

كما جاء نص المادة (93) من ذات القانون ينص على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة... وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي" لذا فإن التعبير عن إرادة الأطراف باستخدام الحاسب الآلي والإنترنت يتم من خلال القيام بخطوات معينة لا تدع ظروف الحال أي شك في دلالتها على التراضي.

من هنا وعطفاً على ما ذكرناه في سطور سابقة، فإن استخدام الحاسب الآلي والإنترنت يعتبر من الوسائل الصالحة لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، مع ذلك فإن الاتفاق التحكيمي الإلكتروني يتميز بالطبيعة غير المادية حيث إن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية، بل تكون مثبتة على دعامة إلكترونية، مما يثير التساؤل حول صلاحية هذه الوسيلة في إثبات اتفاق التحكيم؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في الصفحات القادمة.

البند الثالث: دور القاضي الوطني في تقدير حجية وسائل الاتصال الحديثة في معرض الإثبات

قد يطرح أمام القاضي الوطني الاتفاق التحكيمي ـ التقليدي أو الإلكتروني ـ بمناسبة دعوى موضوعية يدفع فيها أحد الخصوم بوجود اتفاق على التحكيم، أو بمناسبة نظره لدعوى بطلان حكم التحكيم الإلكتروني وذلك عند ادعاء أحد الخصوم بتوافر حالة من حالات البطلان ـ المنصوص عليها في القانون ـ في الحكم التحكيمي، أو بمناسبة طلب أحد الخصوم من المحكمة المختصة إكساء حكم التحكيم الإلكتروني بالصبغة التنفيذية، أو بمناسبة التجاء أحد الخصوم إلى المحكمة المختصة بطلب اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي **(والي، فتحي، 2007، ص ص: 139 – 154).**

وفي جميع المناسبات المتقدمة يجب أن تقام البينة على الطلبات أو الدفوع، حيث يرمي الخصوم من تقديم أدلة الإثبات أمام القضاء، إلى إقناع القاضي بصحة ما يدعونه، فدور الأطراف في الإثبات هو تقديم الأدلة، أما دور القاضي الوطني هو أن يزن ما يقدم إليه من أدلة الخصوم في حدود ما يجعل القانون له من سلطة بهذا الصدد، إلى أن يصدر حكمه على أساس الاقتناع الذي يتحصل عليه من هذه الأدلة **(الشرقاوي، جميل، 1982، ص: 23).**

وأمام تزايد التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، سواء أكان ذلك باستخدام تقنيات الاتصال في التفاوض على العقود وإبرامها أم تنفيذها، والذي بدأ يحل تدريجياً محل العالم المادي الملموس، لذا فإن هذا الأمر بدأ يثير الاهتمام بمدى حجية تلك الوسائل في الإثبات ومدى استيعاب النظم القانونية للإثبات لهذه الأنماط المستخدمة في إثبات التصرفات القانونية على وجه العموم أو الاتفاق التحكيمي الإلكتروني تحديداً.

لذا نحاول معالجة هذا البند على النحو التالي:

أولاً: دور القاضي الوطني في تقدير حجية الهاتف وما يماثله من وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات

يتماثل الهاتف مع كل من اللاسلكي، والبث الإذاعي، والتلفزيوني، في أن كلاً منها وسيلة لنقل الصوت، عدا التلفزيون الذي يتميز عنها بنقل الصوت والصورة معاً.

وذهب جانب من الفقه أن لفظ المحرر التقليدي يفيد بالضرورة الكتابة أياً كان نوع المحرر، ما دام أن هذا اللفظ لا يطلق على الأقوال الشفوية أو حتى على الأصوات المسموعة عن طريق أجهزة التسجيل (سرور، محمد، 1997، ص: 75) وعلى هذا النحو فإن المشرع الأردني لم يعترف في قانون البينات بصلاحية الصوت لاستخدامه في الإثبات ولم يكسب الصوت صفة المحرر.

مع ذلك نجد المادة (1606) من مجلة الأحكام العدلية، قد اعتبرت الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان، كما أن المادة (102) من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين..." قد أجازت استخدام الأصوات لإبرام العقود، وهو ما يفيد اعتراف المشرع الأردني بالصوت، مع ذلك وطالما أن المحادثة الهاتفية تبقى شفوية، فإنه يتوجب تأكيد التعاقد الذي يتم بواسطة الهاتف عن طريق التلكس أو الفاكس أو أن يتم تسجيلها عن طريق جهاز للتسجيل على شريط أو أية وسيلة أخرى، حتى تأخذ المكالمة الهاتفية شكلاً ثابتاً.

ونجد أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 نص في المادة الثانية منه على ما يلي: "يكون للكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك:

الإلكتروني: تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها.

المعلومات: البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك".

أما قانون المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي نص في المادة الثانية منه "المعلومات الإلكترونية: معلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات".

أما قانون التجارة الإلكترونية البحريني نص في المادة الأولى منه والخاصة بالتعاريف على ما يلي "المعلومات: البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وبرامج الحاسب والبرمجيات وقواعد البيانات والكلام وما شابه ذلك".

ويتضح من هذه النصوص أن هنالك العديد من التشريعات التي توسعت في مفهوم المحرر، لكي يشمل الكتابة، الصورة، الصوت؛ وهو الأمر الذي يسمح بمنح الحجية القانونية الكاملة للمحادثة الهاتفية والمحادثات الأخرى التي تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة المماثلة كالبث اللاسلكي والإذاعي والتلفزيوني، وذلك متى تم تسجيلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة الأخرى كالوسائط الإلكترونية أو تحميلها على أشرطة الكاسيت، أو الإسطوانات الممغنطة (الجمال، سمير، المرجع السابق، ص ص: 258 ـ 259).

ويتضح دور القاضي الوطني في هذا الصدد بنطاق سلطته التقديرية حول تقدير أدلة الإثبات، فأدلة الإثبات المقبولة تتوقف على مضمون الادعاء المطروح أمام القاضي، أي توجد علاقة ارتباط وثيقة بين أدلة الإثبات ووقائع النزاع (عمر،

نبيل، المرجع السابق، ص: 436)، فإذا ادعى أحد الأطراف أنه تعاقد شفوياً مع الطرف الآخر على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الذي نشأ أو سينشأ بينهما، وتأكد هذا التعاقد الشفوي عبر تسجيله على شرائط صوتية، أو شرائط فيديو، أو أية دعائم إلكترونية تضمن حفظها واسترجاعها عند طلبها (الجمال، سمير، المرجع السابق، ص: 258)، واختار القاضي وحدد دليل الإثبات الواجب تقديمه لتأييد الادعاء، بأنه المحرر الصوتي المسجل، ثم اعتد به وأضفى عليه الحجية القانونية فإنه يكون بذلك قد رتب الآثار القانونية التي يولدها القانون على الاتفاق التحكيمي الذي تم إثباته.

ثانياً: دور القاضي الوطني في تقدير حجية رسائل الفاكس وما يماثله من وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات

إن تطوّر مفهوم الكتابة من المفهوم التقليدي المتمثل في الرموز المرئية على سند ورقي، إلى المفهوم الحديث الذي وسع من مفهوم الكتابة ليشمل أية رموز مرئية أيّاً كانت الدعامة المثبتة لها، بمناسبة استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعاملات القانونية، حيث أثار استخدام الفاكس والتلكس التساؤل عما إذا كانت البيانات المرسلة عبرها تعد مستوفية لشرط الكتابة الذي يستلزمه إبرام بعض العقود أو إثباتها كما هو الحال في اتفاق التحكيم؟ (النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

حيث أقرت الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 صلاحية الرسائل المتبادلة عبر البرق أو الفاكس كوثائق مكتوبة لأغراض إبرام اتفاق التحكيم أو إثباته (جمعة، حازم، المرجع السابق).

كما نصت المادة (3/13) من قانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952 وتعديلاته على أنه: "أ- وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات. ب- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما".

من هنا فإنه بصدد الإجابة عن التساؤل السابق نقول إن الفاكس يتمتع بكامل الحجية القانونية في الإثبات في جميع الحالات التي لا يتطلب القانون فيها شكلاً معيناً للتصرف القانوني المراد إبرامه، وكذلك في الحالات التي يتمتع فيها المتعاقدون بحرية الإثبات، أي يكون باستطاعتهم الإثبات بكافة طرق الإثبات دون التقيد بطرق معينة، لذا فإن جميع الأعمال التي تخضع إلى قاعدة حرية الإثبات، والتي يمكن أن تتم بواسطة طرق الاتصال الحديثة كالفاكس والتلكس، فيقيم التعاقد بهذه الوسائل دليلاً كاملاً في مواجهة أطرافها دون حاجة إلى تقديم دليل كتابي بالمعنى التقليدي (رشدي، محمد، المرجع السابق، ص ص: **163 ـ 164**).

وقد ميز المشرع الأردني في المادة 3/13 من قانون البينات بين نوعين من رسائل التلكس، حيث تعرض في الفقرة 3/أ لحالة رسالة التلكس التي يتم إرسالها في ظروف عادية، وفي هذه الحالة يكون لها قوة السند العادي في الإثبات، أي يكفي لإسقاط حجيتها أن ينكر المرسل قيامه بإرسالها وإثبات صحة هذا الادعاء، فإذا لم يستطع كان لرسالة التلكس في هذه الحالة حجية كاملة في الإثبات وهي حجية السند العادي في الإثبات؛ أما النوع الآخر من أنواع رسائل التلكس وهي رسالة التلكس المقترنة باستخدام الرقم السري المعين المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه، ففي هذه الحالة تكون رسالة التلكس المتبادلة حجة على الطرفين (النوافلة، يوسف، **2007**، ص ص: **140 ـ 141**).

كما أعطى المشرع الأردني وفق منطوق المادة (13/3/أ) من قانون البينات، لرسائل الفاكس الحجية الكاملة في الإثبات شأنها في ذلك شأن الدليل الكتابي العادي، وهذا ما تضمنته أيضاً المادة (72/ج) من قانون الأوراق المالية الأردني والتي جاء فيها "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة على الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة التلكس والفاكس ميلي".

فالملاحظ من خلال النص الأخير أنه يجوز في معاملات الأوراق المالية الإثبات بجميع طرق الإثبات، وأن هذا القانون قد نص على جواز إثبات المعاملات من خلال تسجيلات الهاتف ومراسلات التلكس والفاكس وغيرها من الوسائل الحديثة، كما جاء أيضاً قانون البنوك رقم (28) لسنة 2000 في المادة 92/ب ليجيز الإثبات في مجال المعاملات المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات الفاكس والتلكس.

ولم يكن القضاء الأردني بعيداً عن ذلك، فقد تبنّت المحاكم بدورها الاعتراف بحجية سندات الفاكس ومنحتها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات، حيث قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بأنه "يعتبر الفاكس له قوة السندات العادية في الإثبات، فإذا لم ينكر المدعي توقيعه عليه فإن هذا الفاكس يعتبر سنداً عادياً يقر فيه المدعي بأنه استلم إشعاراً بإلغاء تمثيله" **(قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2008/2698، تاريخ 2008/10/12، منشورات مركز عدالة).**

وبذات الاتجاه قضت المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة في قرار الطعن رقم 321 لسنة 2003 القضائية والصادر في 25 يناير/

2004 بأن "رسالة (الفاكس) تعتبر في حكم النسخة الأصلية وتثبت لها ذات الحجية في الإثبات ما لم ينكرها من نسب إليه صدورها منه "وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة تمييز دبي في الطعن رقم 31 لسنة 1996 الصادر في 26/ديسمبر/1996 بأنه "من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه من المعلوم للكافة أن نقل الرسالة بواسطة الفاكس يتم بوضع أصلها في الجهاز الموجود لدى الجهة المرسلة الذي يقوم بدوره بنقلها مصورة كما هي، وبثها من جهاز الفاكس الآخر الموجود لدى الجهة المرسل إليها، ومن ثم فإن رسالة الفاكس التي يطبعها جهاز الفاكس المتلقي بطريق التصوير نقلاً عن جهاز الفاكس المرسل وتكون موقعة من الجهة المرسلة تعتبر نسخة أصلية من تلك الرسالة المرسلة والتي تكون محفوظة لدى مرسلها مما لا يجوز معه - في تلك الحالة - تكليف الجهة المرسل إليها بتقديمها ويكون لهذا الأصل الذي قدمه المرسل إليه حجية الورقة العرفية من حيث الإثبات، ولا سبيل لمنازعة الجهة المنسوبة إليها تلك الرسالة فيها إلا بإنكارها منها أو إثبات عدم مطابقتها لأصلها الموجود لديها، ولا يغني عن ذلك مجرد ادعائها بأنها صورة تنحسر عنها قيمتها في الإثبات".

ويتضح مما سبق أن القضاء الوطني اعتبر رسائل الفاكس من أدلة الإثبات وأضفى عليها الحجية القانونية الكاملة في الإثبات، بل منحها قوة الإسناد العادية في الإثبات، ولكي يكتسب الفاكس هذه الحجية يتعين أن يحمل توقيع من صدر منه باعتباره من المحررات العرفية (رشدي، محمد، المرجع السابق، ص: 177؛ النوافلة، يوسف، المرجع السابق، ص ص: 143 - 144).

ويجد الباحث أن المشرع الأردني أعطى للرسائل المرسلة عبر الفاكس أو التلكس نفس قوة الإسناد العادية، وهكذا إذا استوفت هذه الرسائل شروط

الإسناد العادية، بأن تتضمن من البيانات ما يحدد الواقعة المراد إثباتها، وأن تكون موقعة من الطرف المرسل، فإنها تعتبر كدليل كتابي كامل، ومن ثم تكون هذه الرسائل حجة على المرسل من حيث صدورها منه إلى أن ينكر توقيعه أو خطه، وهي أيضاً حجة على المرسل بصحة ما ورد في متنها إلى أن يثبت العكس بالطرق المقررة قانوناً، فمن احتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به وجب عليه حسب منطوق المادة (1/11) من قانون البينات الأردني أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه فيه من خط أو توقيع، وإلا فهو حجة عليه بما فيه.

وبذلك تعتبر رسائل الفاكس والتلكس ذات حجية ثابتة إذا أقر بها الخصم المنسوبة إليه صراحة أو ضمناً بالسكوت أو أنكرها وأثبت المتمسك بها صحة توقيع مرسلها، ويجب أن يكون الإنكار صريحاً لا مراوغة فيه، وأن يكون مباشراً، فإذا لم ينكر الخصم السند فور اطلاعه عليه، فإن ذلك يفيد تسليمه فيه، وللقاضي تقدير جدية الإنكار، فيحق للقاضي أن لا يأخذ بإنكار التوقيع متى وجد في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته بصحة السند، أما من ناحية الشكل المادي للسند فهو يخضع إلى تقدير القاضي فيعول عليه إن وجد من الظروف ما يبرر ذلك أو يطرحها ويعتبرها كأنها لم تكن (النداوي، آدم، المرجع السابق، ص: 233 ـ 237).

وهذا ما قررته محكمة التمييز الأردنية في قرارها الذي جاء فيه "من المبادئ القانونية التي انعقد عليها إجماع الفقه والقضاء أن قاضي الموضوع حر في تقدير الدليل المقدم له، يأخذه إذا اقتنع به ويطرحه إذا تطرق فيه الشك إلى وجدانه، وأنه ليس لمحكمة التمييز أن تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يكون قد قدمه الخصوم للمحكمة من الدلائل والبينات إثباتاً لوقائع

الدعوى أو نفيها طالما ما توصلت إليه محكمة الموضوع من نتيجة له ما يؤيده في بينات الدعوى" (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2010/1357، تاريخ 2010/12/13، منشورات مركز عدالة).

ثالثاً: دور القاضي الوطني في تقدير حجية مستخرجات الحاسب الآلي في الإثبات

منح المشرع الأردني مستخرجات الحاسب الآلي المقدمة أو الموقعة قوة السند العادي في الإثبات، حيث نصت المادة (13/جـ) من قانون البينات الأردني على ما يلي "وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها" لذا فإن مستخرجات الحاسوب تعد بقوة القانون مساوية للسند التقليدي (العادي) في الإثبات.

وقد عرفت المادة (10) من قانون البينات الأردني السند العادي بأنه "السند الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة إصبعه وليس له صفة السند الرسمي"؛ ويتضح من هذا النص أن السند العادي هو الكتابة التي يوقعها شخص بقصد إعداد دليل على واقعة (المهدي، أحمد، المرجع السابق، ص: 10)، وبالتالي فإنه يشترط في السند العادي شرطان وهما:

الشرط الأول: الكتابة

يشترط في السند العادي أن يكون مكتوباً، والمقصود بالكتابة هو أن توجد كتابة ينصب مضمونها على الواقعة المراد إثباتها بالمحرر الذي أعد ليكون دليلاً عليها، وحتى في المحررات التي لم تعد أصلاً لتكون دليلاً للإثبات كالرسائل والبرقيات، فإنها يجب أن تتضمن وجود واقعة تنشأ طبقاً لمصلحة من يتمسك بها في مواجهة من وقع عليها حتى يصدق على المحرر المكتوب معنى

الدليل في مفهوم الإثبات القضائي (منصور، محمد، المرجع السابق، ص ص: 76 – 77؛ الرومي، محمد، 2008، ص: 46).

الشرط الثاني: التوقيع

وهو الشرط الجوهري للمحرر التقليدي، لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع، وبعبارة أخرى التوقيع على المحرر أساس نسبة الكتابة إلى موقعها، ولو لم تكن مكتوبة بخطه، ويعني أيضاً قبول الموقع بما هو مدون فيه، حيث يدل التوقيع على اعتماد الموقع للمحرر واتجاه إرادته بالالتزام بمضمونه، وبالتالي فإن التوقيع هو الذي يعطي المحرر العادي حجية الإثبات، فدون التوقيع لا تكون للورقة أية حجية في الإثبات، إلا إذا كانت محررة بخط يد المدين بالالتزام، فإنها تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة (رشدي، محمد، المرجع السابق، ص: 179؛ برهم، نضال، 2010، ص ص: 228 – 229؛ الأودن، سمير، المرجع السابق، ص: 148).

وبهذا الصدد فقد أدى التطور التقني في وسائل الاتصال، وما ترتب عليه من ظهور التجارة الإلكترونية، وازدياد التعاملات عبر أجهزة الاتصالات الحديثة، إلى تطور فكرة الدليل الكتابي والتوقيع عليه باعتباره وسيلة الإثبات المعتمدة على الوجه الذي سبق إيضاحه.

فالدليل الكتابي لم يعد يرتبط بالضرورة بالورق بمعناه التقليدي، وإنما اعترف الفكر القانوني بأية دعائم مادية أو إلكترونية أخرى، فالورقة كما أوضحنا سابقاً هي مجرد دعامة لإثبات الرضا والاتفاق، ويمكن أن يثبت ذلك في أية دعائم أخرى تؤدي الغرض نفسه، كما هو الحال بالنسبة لمخرجات الحاسب الآلي وغيرها من الدعائم الإلكترونية طالما أمكن التحقق من مضمونها ومحتواها (أبو الليل، إبراهيم، المرجع السابق، ص: 49).

كذلك الأمر بالنسبة لفكرة التوقيع، فإذا كانت الصور التي يتخذها التوقيع التقليدي تقتصر على الإمضاء، وقد يضاف إليها بصمة الختم أو الإصبع، فلا يوجد ما يحول دون تحقق التوقيع في الشكل الإلكتروني والذي من الممكن أن يأتي على شكل حروف أو رموز أو أرقام أو إشارات أو أصوات عبر وسائط إلكترونية، ما دام يحقق المهام الرئيسة نفسها التي يضطلع بها التوقيع الكتابي، وهي تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته والتعبير عن قبوله بمضمون التصرف القانوني (دودين، بشار، المرجع السابق، ص: 247).

وعليه وطالما أن المشرع الأردني قد أعطى مستخرجات الحاسوب حجية كاملة في الإثبات وهي حجية السندات العادية، إذ إن مستخرج الحاسوب يعد بقوة القانون مساوياً للسند العادي في الإثبات، فإن دور القاضي الوطني في تقدير حجية هذه المستخرجات ـ وإن لم يتعرض لها المشرع في قانون المعاملات الإلكترونية ـ يكون وفقاً لذات الدور الذي يؤديه بصدد تقدير حجية السندات العادية، فهي مساوية لها في الحجية والإثبات، وبالتالي فإن دور القاضي الوطني في تقدير حجية مستخرجات الحاسوب يتحدد بمنطوق المادة (1/11) من قانون البينات الأردني والتي جاء فيها "من احتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو خاتم أو بصمة إصبع وإلا فهو حجة عليه بما فيه" (الجمال، سمير، المرجع السابق، ص: 273).

حيث يستطيع من نسب إليه توقيع أو احتج عليه بسند (تقليدي أم إلكتروني) أن ينكر ما جاء به صراحة، وبذلك فإنه يقوم بنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر والذي يتوجب عليه أن يثبت عكس ما يدعيه خصمه وذلك بإثبات صحة التوقيع الوارد على السند ونسبته إلى الخصم، وبهذه الحالة فإن المحكمة

تلجأ إلى أهل الخبرة لبيان فيما إذا كان ما يدعيه الخصم صحيحاً أم لا ، فإذا لم يستطع طالب الإثبات إثبات صحة ما يدعيه؛ فإن المحكمة في هذه الحالة لا تأخذ بمستخرجات الحاسوب كدليل إثبات كون المدعى عليه أنكر ما نسب إليه من خط أو توقيع ولم يستطع المدعي إثبات عكس ذلك (النوافلة، يوسف، المرجع السابق، ص ص: 147 ـ 148).

وقد أصدرت محكمة التمييز الأردنية العديد من القرارات حول حجية مستخرجات الحاسوب، فقررت في أحد قراراتها أنه "إذا كان كشف حساب المدعى عليها يثبت انشغال ذمة المدعى عليها بالمبلغ المدعى به وهو كشف مستخرج من الحاسوب فإن له قوة إثباتية كقوة الإسناد العادية من حيث الإثبات عملاً بالمادة 3/13/جـ بينات" (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2006/3376، تاريخ 2007/2/19، منشورات مركز عدالة) وقد أكدت محكمة التمييز بقرار آخر على ضرورة أخذ مستخرجات الحاسوب بعين الاعتبار وعدم استبعادها من عداد البينة حيث قررت أنه "إذا أبرزت الجهة المدعية في معرض بينتها كشوفات الحساب العائدة للمدعى عليه، والمستخرجة من قبل الحاسوب والتي يتبين منها أن ذمة المدعى عليه مشغولة بالمبلغ المدعى به، إلا أن محكمة الاستئناف لم تعالج مدى القوة الإثباتية لهذه الكشوفات على ضوء ما جاء بطلب التسهيلات وعلى ضوء ما تنص عليه المادة (3/13/جـ) من قانون البينات فعليه يكون قرارها مشوباً بقصور في التعليل والتسبيب وأسباب الطعن ترد عليه مما يستوجب نقضه" (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2007/2494، تاريخ 2008/1/27، منشورات مركز عدالة).

مع ذلك فإن للمحكمة صلاحيات واسعة في تقدير صحة مستخرجات الحاسوب، فعندما يقوم أحد الخصوم بإنكار ما نسب إليه من خط أو توقيع في السند تكون لها الحرية في تقدير قيمة هذا الإنكار ومدى صحته وفقاً للظروف

المحيطة بالدعوى، فقد تلاحظ المحكمة أن السند صحيح وأن الخصم يرغب في المماطلة والتسويف، عندها يكون للمحكمة الحرية في إعطاء السند الإلكتروني قيمته كاملة في الإثبات، كما للقاضي إحالة مستخرجات الحاسوب إلى أهل الخبرة لتقدير مدى صحة وسلامة السند وفيما إذا تعرض إلى التزوير ومدى إمكانية صدوره أو نسبته إلى الخصم الذي أنكره (النوافلة، يوسف، المرجع السابق، ص ص: 152 – 153؛ منصور، محمد، المرجع السابق، ص ص: 275 – 276).

المحور الثاني: دور القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني

يذهب الفقه (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 109 – 110؛ حداد، حمزة، 2007، ص ص: 87 – 88؛ إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 291 – 297) إلى أن إبرام اتفاق التحكيم عبر المواقع الإلكترونية يعد مستوفياً للشرائط الشكلية لاتفاق التحكيم، مثلما هو مستوف للأركان الموضوعية اللازمة لإبرامه، إلا أن ما تقدم لا يعدو كونه آراء للفقه، وهذا يعني أن الأخذ بها والقول بصحة اتفاق التحكيم المبرم بالشكل الإلكتروني، رهن بقبول المحكمة ـ في البلد الذي يتم تنفيذ حكم التحكيم فيه ـ لوسائل الاتصال الحديثة المستخدمة في إبرامه (النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

وإيماناً منا بالدور الفعال الذي يمكن أن يقوم به القاضي الوطني في حل المشكلات وتجاوز المعيقات التي يثيرها اتفاق التحكيم الإلكتروني، خاصة في ظل غياب تنظيم قانوني متكامل للقواعد الإلكترونية، فإننا سنعرض هنا أهم المشكلات التي يثيرها اتفاق التحكيم الإلكتروني والمتمثلة في مشكلة التحقق من حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني، وتحديد الآثار القانونية الناشئة عنه،

ومشكلة مدى استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني عن العقد الأصلي، ومشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، ومشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، وذلك مع بيان الحلول المطروحة للوصول إلى تفادي الصعوبات التي تعترض نظام التحكيم الإلكتروني.

البند الأول: دور القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني وتحديد الآثار القانونية الناشئة عنه

في البداية، يجب أن لا يغيب عن الذهن أن العقد الإلكتروني يستوي مع بقية العقود التقليدية باحتكامها جميعاً للقواعد القانونية التقليدية العامة، أمام عدم وجود قواعد قانونية تنظم العقود الإلكترونية في العديد من الدول، فبالرغم من أن اتفاق التحكيم الإلكتروني مبرم عبر شبكة الإنترنت إلا أنه لا يشكل نوعاً جديداً من العقود ليضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانوناً، كما أنه لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموماً، وهذا ما أكدته غالبية التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية التي لم تنظم المسائل الموضوعية والتفصيلية للعقد الإلكتروني بل تركتها للقواعد العامة، ولما كان الحال كذلك، فإن القاضي الوطني يطبق القواعد القانونية العامة التي وضعت أصلاً لتنظم العقد التقليدي، لكن مع مراعاة الطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني كونه مبرماً عبر وسائل الاتصال الحديثة (أحمد، آمانج، المرجع السابق، ص ص: 71 – 72؛ برهم، نضال، المرجع السابق، ص ص: 50 – 61).

واتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقداً من العقود، يبرز فيه نشاط القاضي الوطني من خلال أعمال سلطته التقديرية في إطار نظرية العقد وذلك بأعمال القانون الموضوعي على الروابط المتنازع عليها، حيث تبرز سلطة القاضي

الوطني في نطاق العقد، سواء بصدد انعقاد العقد أو بصدد صحة العقد أو بصدد انحلال العقد أو تقدير العوارض التي تلحق تنفيذ العقد.

لكن ما هو الدور الذي يلعبه القاضي الوطني بصدد تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني، وتحديد الآثار القانونية الناشئة عنه؟ هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه لاحقاً.

أولاً: سلطة القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني

يمارس القاضي الوطني نشاطاً مهماً عند طرح اتفاق التحكيم أمامه، بمناسبة دعوى موضوعية يدفع فيها بوجود اتفاق على التحكيم، أو بمناسبة نظره لدعوى بطلان الحكم التحكيمي، أو بمناسبة بته بطلب إكساء حكم التحكيم الصيغة التنفيذية، ففي هذه المناسبات وعداها يبرز دور القاضي الوطني من خلال إعماله لسلطته التقديرية في إطار نظرية العقد، من حيث نشوء الالتزام وانعقاد العقد: فهو بصدد ذلك يقدر إذا ما استجمع العقد أركان انعقاده الموضوعية والشكلية؛ أو من حيث صحة العقد: فهو بصدد ذلك يبحث إذا ما كانت الإرادة خالية من العيوب التي قد تشوبها؛ أو من حيث تقدير عوارض تنفيذ العقد: فهو بصدد ذلك يحدد نطاق الحقوق والالتزامات المتولدة عن هذا العقد (عمر، نبيل، 1984، ص: 92).

فالقاضي هو الذي يقدر متى ينتج التعبير أثره، فالتعبير يكون له وجود لمجرد صدوره من صاحبه، لكن لا يكون له وجود قانوني وينتج أثره إلا عندما يصل إلى علم من وجه إليه، فوصول التعبير يعتبر قرينة قانونية على العلم بما فيه، وتقدير قيام أو عدم قيام هذه القرينة هو أمر موكل إلى سلطة القاضي التقديرية، كما يقوم القاضي بناء على المعطيات المادية المطروحة عليه بتقدير ما إذا كانت الإرادة قد صدرت من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني أم لا، ويستعين

القاضي في ذلك بكثير من العناصر، فهو يقوم بتقدير ما إذا كان التعبير صريحاً أو ضمنياً (عمر، نبيل، 1984، ص ص: 237 – 239).

والقاضي الوطني هو الذي يقدر متى يخرج الإيجاب عند التعاقد من مرحلة المفاوضة أو التعليق على شرط إلى مرحلة الإيجاب البات، فتقدير إذا ما كان الإيجاب قد وصل إلى المرحلة الملزمة والنهائية هي من مسائل الواقع لا القانون التي يقدرها القاضي تبعاً لإرادة المتعاقدين، والقاضي أيضاً هو الذي يستخلص من ظروف الحال أو طبيعة التعامل متى يكون الموجب ملتزماً بالعقد الذي أوجب له أم لا ، لأن العقد لا يتم إلا بعد أن يقترن بقبول بات ومطابق (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص ص: 54 – 58).

وهنا تثور مشكلة التحقق من وجود إرادة التعاقد وإسنادها إلى المتعاقد، فالأصل أن ينعقد العقد بعمل إرادي يصدر عن المتعاقدين أنفسهم، فتكون الإرادة إرادتهم وإليهم تنصرف آثار العقد، لكن قد يتم إبرام العقد باستخدام الوسائل الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة المبرمجة على إرسال وتسلم الرسائل الإلكترونية، وهذا مدعاة للتساؤل عن كيفية التحقق من إرادة التعاقد عندما تبث الرسائل أو تسلم بواسطة تلك الوسائل، فإلى من تنسب إرادة التعاقد؟ (المنزلاوي، صالح، 2006، ص: 373).

وهنا يذهب القول بأن الحاسب الآلي ووسائل الاتصال الإلكترونية مثلها مثل باقي وسائل الاتصال الحديثة التي تسمح بالتعاقد عن بعد، مجرد وسائل للاتصال يقتصر دورها على نقل إرادة المتعاقدين، بالتالي إذا قام المتعاقد بإبرام العقد عن طريق الحاسوب، فإن إرادة المتعاقد تنسب إلى الشخص المستخدم (أبو الليل، إبراهيم، المرجع السابق، ص ص: 78 – 82؛ شرف الدين، أحمد، 2008، ص ص: 34 – 36).

هذا الرأي يستعين به القاضي في قضائه كونه يتماشى مع ما أخذ به قانون الأونستيرال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية، حيث نصت المادة (13) منه على ما يلي: "(1)- تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه. (2)- في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات.

ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً".

في ذات الاتجاه أجازت المادة (14) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ذلك حيث نصت على أنه "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه".

ومن المسلّم به أن العقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة شأنه بذلك شأن أي عقد آخر، لا ينعقد صحيحاً إلا إذا كان صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية القانونية اللازمة للتعاقد، **وهنا يثور التساؤل عن كيفية التحقق من أهلية المتعاقدين عند التعاقد الإلكتروني؛ وإذا كان من الممكن أن يتمسك من له مصلحة ببطلان العقد نظراً لنقص أهلية المتعاقد الآخر؟ (المنزلاوي، صالح، المرجع السابق، ص ص: 378 – 380).**

في الحقيقة وجدت في الآونة الأخيرة حلول تقنية متطورة أسهمت بشكل كبير في التأكد من شخصية المتعاقد وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، ومن التقنيات المستخدمة في تحديد هوية المتعاقدين، تقنية الحائط الناري، وتقنية الاستيثاق من المواقع

وتعقبها خوفاً من وجود أشخاص أو شركات وهمية (المنزلاوي، صالح، المرجع السابق، ص ص: 380 – 381).

ويستطيع القاضي الوطني أن يستعين بقضائه بما ذهب إليه بعض الشرّاح بالقول إنه إذا كان أحد أطراف العقد كامل الأهلية وفقاً لقانون دولته، والطرف الآخر ناقص الأهلية وفقاً لقانون دولته أو وفقاً لقانون دولة المتعاقد الآخر، فإنه ينبغي ترجيح مصلحة كامل الأهلية إعمالاً للوضع الظاهر (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص ص: 125 – 126؛ الجمال، سمير، المرجع السابق، ص ص: 153 – 156؛ مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص: 84) ويجد هذا القول سنداً له في المادة (1/13) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

وهنا يمكننا القول بأنه إذا تعمد القاصر إخفاء نقص أهليته مع عدم علم الطرف الآخر بذلك عند إبرام العقد عبر الإنترنت، فإن نقص أهليته وفقاً لأحكام قانون جنسيته أو جنسية المتعاقد الآخر لا يؤثر في أهليته ويعتبر في حكم كامل الأهلية، ويستطيع أيضاً من تعاقد مع ناقص الأهلية بحسن نية أن يرجع عليه بالتعويض على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية (الفعل الضار) استناداً إلى نص المادة (134) من القانون المدني الأردني التي تجيز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، مع إلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته (أحمد، آمانج، المرجع السابق، ص: 223).

كما يبرز دور القاضي الوطني في تكملة إرادة أطراف الاتفاق، فإذا ما

اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في الاتفاق، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم في حال عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منعقداً، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن القاضي يقضي بالخلاف تبعاً لطبيعة المعاملة أو وفقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة، (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 396) وهذا ما أخذت به المادة (100) من التقنين المدني الأردني.

كما يبرز دور القاضي الوطني بصدد تقدير الظروف الملابسة للسكوت لبيان دلالته على الرضا، فالسكوت قد يفيد القبول، إذا اقترن بطرف من شأنه أن يشكل دليلاً على القبول، فيعد عدم الجواب قبولاً حيثما يكون العرض مختصاً بتعامل كان موجوداً بين الطرفين (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 391؛ ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص ص: 102 – 103).

وللقاضي إذا ما تم العقد الإلكتروني بطريق الإذعان، وتحقق العقد ضمن شروط تعسفية، أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة (أحمد، آمانج، المرجع السابق، ص: 81).

كما يستقل القاضي بتقدير قيام الغلط الجوهري المعيب للرضا أم لا، فيقضي بتحققه بإبطال العقد أو بفسخه (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، 129).

ومن المسائل التي تستقل بها المحكمة أيضاً، تقدير ثبوت التغرير، ومدى التصاق هذا العيب بإرادة المتعاقد، والتحقق من أن يكون هذا العيب وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالعاقد بحيث تعيب إرادته بهذا العيب، فلا يجعله قادراً الحكم على الأمور حكماً سليماً، ومدى اقتران هذا التغرير بالغبن، ودرجة هذا الغبن بالشكل الذي يجوز معه إبطال العقد أو فسخه (الجمال، سمير، المرجع السابق، ص ص: 147 – 157).

وتظهر سلطة القاضي الوطني التقديرية بشكل واضح وجلي عند التحقق من محل وسبب العقد في نطاق تطبيق فكرة النظام العام والآداب، حيث يراعي القاضي الأخذ بالظروف والعوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية المؤثرة في بلده، فيكاد أن يكون القاضي مشرعاً يتقيد بآداب عصره ومصالح أمته (عمر، نبيل، 1984، ص ص: 84 – 85).

وبعد أن تعقبنا بعض مظاهر السلطة التقديرية في نطاق العقد وكيفية إعمالها في العقود الإلكترونية، يثور التساؤل عن دور القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

في الحقيقة يرتكز القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم التقليدي على أساسين اثنين هما: إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة.

فبالنسبة للأساس الأول وهو إرادة الخصوم: فالعقد شريعة المتعاقدين، فبالاستناد إلى مبدأ سلطان الإرادة، فإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، إذ يكفي أن تتلاقى إرادتان لانعقاد العقد، فالأصل حرية الإرادة في إنشاء ما شاءت من العقود وفي تحديد آثارها، وبذلك يترتب على انعقاد اتفاق التحكيم الالكتروني انعقاداً صحيحاً نشوء رابطة تعاقدية قانونية بين طرفي الاتفاق توجب على المتعاقدين تنفيذ ما تقضي به هذه الرابطة القانونية من وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم، بأن يمتنع الأطراف عن عرض منازعاتهم على القضاء وإخضاعها لمحكم يختارونه لحسم هذه المنازعات بقرار ملزم لهم، ويعبر عن إرادة الخصوم هذه باتخاذ مظهر مادي خارجي يدل عليها، والأصل - كما أشرنا سابقاً - هو عدم اشتراط شكلية معينة يتحتم اتخاذها بغية التعبير عن الإرادة، فيستطيع المتعاقدون أن يعبروا عن إرادتهم بالوسيلة التي يرونها مناسبة لهم تطبيقاً لمبدأ الرضائية في العقود

(التحيوى، محمود، المرجع السابق، ص ص: 29 – 30؛ والي، فتحي، المرجع السابق، ص: 13، أحمد، آمانج، المرجع السابق، ص: 91).

أما بالنسبة للأساس الثاني وهو إقرار المشرع لهذه الإرادة: فالمشرع يجيز للأفراد إبرام ما يرغبون فيه من عقود، شريطة أن لا تكون هذه العقود مخالفة للنظام العام أو الآداب أو القواعد القانونية الآمرة، لكن ما هو دور القاضي الوطني الناظر لدعوى يدفع فيها بمسألة الاعتراف بحجية اتفاق التحكيم المبرم عبر الوسائط الإلكترونية، خاصة في ظل أن القواعد القانونية المعمول بها حالياً وضعت أصلاً لتعالج موضوع التحكيم التقليدي؟

في الحقيقة إن أغلب أحكام الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية لا تقابل بصورة مرضية التبادل الإلكتروني للبيانات، بل تنظر إلى الكتابة اليدوية والتوقيع اليدوي والمستند اليدوي على أنها تشكل عقبة رئيسة تعترض تطوير التجارة الإلكترونية، بمعنى أن أغلب القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تشترط أن تتم العقود في شكل مكتوب، علاوة على أنها كثيراً ما تشير إلى "الكتابة" أو "الوثيقة" دون التعريف بهذين المصطلحين، وفي هذه الحالة يفترض أن واضعي النصوص قد تصوروا أن الوثيقة المكتوبة هي الشكل الوحيد آنذاك هذا من جهة (مجاهد، أسامة، المرجع السابق، ص ص: 334 ـ 335؛ النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

كما أن التطور في إبرام المعاملات القانونية، بالتحول من المعاملات الورقية إلى المعاملات الإلكترونية، أدى إلى إثارة القلق بشأن حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات لا سيما أن أغلب الأنظمة القانونية ما زالت تعتمد على الوثائق الخطية كأدلة لإثبات المعاملات من جهة أخرى (المنزلاوي، صالح، المرجع السابق، ص: 402).

من هنا فإن الاعتراف بالمستند الإلكتروني ومنحه الحجية القانونية في الإثبات يشكل الركيزة الأساسية في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني الذي يتم عبر الإنترنت، لذا لا بد من أن نتناول في هذا الصدد حجية اتفاق التحكيم الالكتروني في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، وفي اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، وفي قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 والقوانين المقارنة الأخرى.

1- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

يقوم القانون النموذجي على نهج جديد هو نهج النظير الوظيفي أو المعادل الوظيفي ويقصد به المساواة بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، والتساوي الوظيفي هو التساوي من حيث وظيفة الدليل في الإثبات (إبراهيم، خالد، **2006**، ص ص: **104 ـ 105**).

ولذلك نصت المادة (5) من هذا القانون على أنه: "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها لمجرد أنها مقدمة في شكل رسالة بيانات" من هنا وضع القانون النموذجي وفقاً لهذه المادة مبدأً مهماً يؤدي إلى الاعتراف القانوني برسائل البيانات الإلكترونية وصحتها وقابليتها للإنفاذ وعدم إنكارها لكونها اتخذت شكلاً إلكترونياً إعمالاً لمبدأ التناظر الوظيفي.

كما نصت المادة (12) من القانون ذاته على أنه: "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته لمجرد أنه تم على شكل رسالة بيانات" وهذا ما يعني إعطاء الرسالة الإلكترونية نفس الاعتراف القانوني الذي يعطي للمستند الورقي،

إذ إنه لا يستطيع أحد من أطراف التعامل الإلكتروني أن ينكر رسالة البيانات لمجرد أنها تمت في شكل إلكتروني (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 158).

2- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005:

نصت الاتفاقية في المادة (1/1) على أنه: "تتطبق هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة".

واعترفت الاتفاقية بالحجية القانونية لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، حيث نصت المادة (1/8) من الاتفاقية نفسها على أنه: "لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني".

وبذات الإطار جاءت المادة (2/9) من ذات الاتفاقية لتعالج مسألة اشتراطات الشكل حيث نصت على أنه: "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسراً على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً".

ويتضح من هذه النصوص أنها نصت صراحة من غير لبس على مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة العادية وأعطتها نفس الحجية في الإثبات (إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 287 – 288) وأهم ما في هذه الاتفاقية فيما يتعلق باتفاق التحكيم، ما جاءت به المادة (2) منها والتي اعترفت بالخطابات الإلكترونية في العقود الدولية والتي تسري عليها اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام (1958) حيث ورد فيها: "تتطبق أحكام هذه الاتفاقية على

استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد أو اتفاق تسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية:... اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 10/حزيران/ 1958)".

وبذلك تجنبنا هذه الاتفاقية حالة عدم النص على الكتابة الإلكترونية باتفاقية نيويورك، حيث أوضحت أن الخطابات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية، تعتبر متماثلة مع الكتابة العادية.

3- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 والقوانين المقارنة:

نصت المادة (7) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: "أ- يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسائل الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات. ب- لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها أجريت بوسائل إلكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون".

ونصت المادة (15) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004 على أنه: "للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية...".

وتنص المادة (9) من قانون المعاملات التجارية الإلكترونية لإمارة دبي رقم (2) لسنة 2002 على أنه: "إذا اشترط القانون أن يكون خطياً أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بينة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط...".

حيث يتضح من هذه النصوص القانونية أن غالبية القوانين المقارنة قد تبنت مفهوماً موسعاً للكتابة، من أجل مجاراة مفهوم الكتابة الإلكترونية، والاعتراف بها كوسيلة من وسائل الإثبات الخطية، بل منحتها الحجية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 208) مما يسمح بالقول، بكل وضوح وتأكيد، بأن الكتابة الإلكترونية يمكنها أن تقوم بالدور نفسه الذي تقوم به الكتابة التقليدية، فالكتابة على دعامة إلكترونية لها ذات القيمة الثبوتية للكتابة على دعامة ورقية (مجاهد، أسامة، المرجع السابق، ص: 345).

من هنا وسنداً إلى ما تقدم، فإن القاضي الوطني بصدد إعمال سلطته التقديرية فيما يخص تقدير الحجية القانونية لاتفاق التحكيم الإلكتروني سوف يستند إلى إقرار المشرع لمبدأ المساواة الوظيفية بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، والمعادلة في القوة الثبوتية بين العقد الإلكتروني أو السجل الإلكتروني من جهة وبالعقد التقليدي من جهة أخرى، ذلك أنه لا يجوز أن يغفل الأثر القانوني المترتب على اتفاق التحكيم الإلكتروني، إذ يعتبر هذا الاتفاق منتجاً للآثار القانونية نفسها المترتبة على اتفاق التحكيم التقليدي سواء من حيث الصلاحية في الإثبات أو الإلزام للأطراف، ولا يجوز لأطراف الاتفاق التحكيمي الالكتروني التنصل منه لمجرد أنه تم كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية.

وعودة إلى السؤال الذي طرح سابقاً، **حول مدى إمكانية وفاء الكتابة الإلكترونية بمتطلبات الكتابة اللازمة لصحة اتفاق التحكيم الالكتروني؟**

فرغم قلة الأحكام الواردة في هذا الصدد وذلك لحداثة العهد بهذا الموضوع إلا أن الأحكام الصادرة بشأنه تكشف عن قوة الاتجاه الذي يساوي بشكل عام بين الكتابة العادية والكتابة الواردة في خطابات الفاكس والتلكس وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة (النعيمي، آلاء، المرجع السابق).

فالقضاء الأمريكي أقر صراحة مشروعية شرط التحكيم الموجود في الشروط العامة لعقد التخصيص المبرم إلكترونياً، وذلك على أساس تماثل شرط التحكيم المبرم إلكترونياً مع شرط التحكيم المبرم بالصورة التقليدية؛ كما أقرت المحكمة الفيدرالية السويسرية في حكم صادر عام 1995 في معرض تفسيرها لاتفاقية نيويورك بأن شرط التحكيم المنصوص عليه في وثيقة الشحن التي تتضمن شروطاً عامة، هو شرط صحيح وأنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار بوسائل الاتصال الحديثة، ذلك أن تفسير اتفاقية نيويورك يجب أن يقوم على أساس تكافؤ الفرص بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 253).

ويرى الباحث أن المشرع نظم التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات دون أن يبين أنواعه وأصنافه المختلفة (التحكيم الاختياري أو الإجباري، التحكيم الحر أو المؤسسي، التحكيم الدولي أو الداخلي) ولما كانت القواعد القانونية تقضي بأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل على تقييده نصاً أو دلالة، لذا يترتب على القاضي الوطني - حتى في الدول التي تخلو تشريعاتها من النصوص القانونية الناظمة للمعاملات الإلكترونية – أن يقر إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، لأنه بذلك يقر حق الأطراف بحرية إبرام ما يشاؤون من عقود تجسيداً لمبدأ "سلطان الإرادة".

ثانياً: سلطة القاضي الوطني في تقدير الآثار القانونية الناشئة عن اتفاق التحكيم الإلكتروني

إذا استجمع اتفاق التحكيم الإلكتروني - شرطاً أو مشارطةً - الشرائط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحة انعقاده، فإن اتفاق التحكيم ينعقد صحيحاً، ملزماً لأطرافه، منتجاً لآثاره القانونية، حيث يمكن تصنيف هذه الآثار إلى آثار بالنسبة للأشخاص، وآثار بالنسبة للموضوع:

1- الآثار القانونية الناشئة عن اتفاق التحكيم بالنسبة للأشخاص:

القاعدة العامة في العقود، هي أن العقد شريعة المتعاقدين والتي تعني، حرية الأفراد في إبرام ما يشاؤون من العقود ما دامت غير مخالفة لحكم القانون، ويحكم هذه العقود جميعاً مبدأ نسبية أثر العقود، أي أن العقد لا ينتج آثاره إلا بين أطرافه أو بين من يقوم مقام أطرافه من خلف عام أو خلف خاص (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص ص: 173 ـ 175).

فمتى أبرم اتفاق التحكيم ونشأ عنه التزامٌ صحيحٌ نافذ، فإنه يرتب آثاره تجاه أطرافه تبعاً للقواعد العامة، والمقصود بالطرف المتعاقد هو من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به فيساهم في تكوينه (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 448 – 449) فتتضح صفة الطرف المتعاقد بالنظر إلى التوقيع الوارد على الورقة المحرر بها الاتفاق أو الذي تتضمنه الخطابات أو الرسائل أو البرقيات أو أية من وسائل الاتصال الحديثة الأخرى، والتي تتضمن بمتنها تلاقي إرادتين بالاتفاق على التحكيم، ويترتب على هذا الاتفاق نتيجة مفادها حرمان الأطراف من الالتجاء إلى القضاء بصدد أي نزاع اتفقوا على إحالته إلى التحكيم بدلاً من القضاء (حداد، حمزة، المرجع السابق، ص ص: 165 – 166).

ولما كان التحكيم بوجه عام طريقاً استثنائياً عن سبل التقاضي الأصلية، يقوم على رضا الأطراف باتخاذه طريقاً بديلاً عن محاكم الدولة، فإن الرغبة تلك هي التي تحدد نطاق التحكيم، لذا لا يمكن أن يلزم الشخص بالتحكيم رغماً عنه، فمتى تخلفت الرغبة لديه امتنع وجود التحكيم بالنسبة له، فلا يرتب اتفاق التحكيم بذلك أثره إلا بالنسبة للشخص الذي اتجهت إرادته إليه بارتضائه إياه طريقاً لفض الخصومة المعينة، فاتفاق التحكيم لا يلزم الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، كما لا يكسبه حقاً شأنه بذلك شأن أي اتفاق آخر (والي، فتحي، المرجع السابق، ص: 161؛ سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 219).

في المقابل فإنه يجب تنفيذ اتفاق التحكيم طبقاً لما اشتمل عليه، وبطريقة تتفق مع حسن النية، ولا يقتصر الاتفاق على إلزام طرفي التحكيم بما ورد فيه فحسب، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف (حداد، حمزة، المرجع السابق، ص: 165) وهذا ما يعتبر تطبيقاً عملياً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الذي يقتضي أن هنالك التزاماً يقع على عاتق طرفي الاتفاق وهو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض نزاعه على قضاء الدولة (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 508 ـ 509).

ولا يستطيع أحد طرفي الاتفاق التحلل منه أو التعديل فيه بإرادته المنفردة، وفي حالة إخلاله بالتزامه يتم إجباره على تنفيذه عيناً بإجباره على تعيين محكم، أو تقديم مستنداته، وبدء إجراءات التحكيم، فإن امتنع لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة، حيث يقوم عمل القاضي فيها مقام الخصم المتقاعس، وهذا مقتضى التنفيذ العيني للالتزام الناشئ عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم (مطر، عصام، المرجع السابق، ص: 121).

وبهذا الشأن نصت المادة (16/ب) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على أنه "إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفقا على كيفية القيام بتلك الإجراءات، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يجب الاتفاق عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تتولى المحكمة المختصة بناء على طلب أي من الطرفين القيام بالإجراء أو بالعمل المطلوب".

وتدليلاً على ذلك نجد المادة (764) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني نصت على أنه: "إذا لم يعين أطراف العقد محكمين أو رفض أحدهما

عند المنازعة أن يعين من قبله محكمين فإن رئيس الجهة القضائية الواقع بدائرتها محل العقد يصدر أمره بتعيين المحكمين على عريضة تقدم إليه".

وهنا يثور التساؤل عن مدى سريان هذه القواعد على اتفاق التحكيم الإلكتروني؟

ذهب الفقه إلى سريان القواعد آنفة الذكر على اتفاق التحكيم الإلكتروني (مطر، عصام، المرجع السابق، ص 123؛ الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص ص: 264 ـ 265) من هنا يبرز دور القاضي الوطني في تقرير القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وإنزال الجزاء المقرر نتيجة الإخلال بهذه القوة، حيث تحدد القوانين المرعية الجزاء المترتب على تقاعس أحد طرفي الاتفاق عن القيام بتنفيذ التزامه ببدء إجراءات التحكيم، أو الإفلات من ذلك الالتزام، مستهدياً بالقانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم وهو قانون الإرادة.

2- الآثار القانونية الناشئة عن اتفاق التحكيم الإلكتروني بالنسبة للموضوع:

لم تتضمن غالبية التشريعات الوطنية الناظمة لاتفاق التحكيم أحكاماً خاصة بتفسير اتفاق التحكيم، بالرغم من أهمية تفسير الاتفاق لتحديد نطاقه ومداه (حداد، حمزة، 2007، ص: 154).

وبالرغم من أن تفسير اتفاق التحكيم، هو ابتداء من مهمة هيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع، فإن أي رأي تصل إليه الهيئة حول هذه المسألة يكون تحت رقابة القضاء، عند الطعن بحكم التحكيم أو طلب المصادقة عليه وتنفيذه؛ من هنا يبرز دور القاضي الوطني بتفسير اتفاق التحكيم، ففي ظل عدم وجود أحكام خاصة بتفسير الاتفاق، على القاضي الرجوع إلى القواعد العامة المعنية بتفسير العقود، ويقوم القاضي الوطني بتفسير بنود الاتفاق تبعاً لقانون دولته، إذا كان أمر التفسير معروضاً عليه، إذ إن التفسير جزء من سلطته

يباشره وفقاً لقانونه، أما إذا كان أمر التفسير معروضاً أمام هيئة التحكيم فإنها تطبق القانون الذي تخضع إليه الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم (والي، فتحي، المرجع السابق، ص: 155).

وحسب القواعد العامة لتفسير العقود، فإن تفسير أي عقد ـ بما فيها اتفاق التحكيم الإلكتروني ـ لا يخرج عن ثلاث حالات هي:

الحالة الأولى: وضوح الإرادة؛ والقاعدة تقضي أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، لأن من شأن ذلك أن يؤدي للوصول إلى معنى آخر قد يكون بعيداً عما اختاره المتعاقدون (حداد، حمزة، 2007، ص: 155).

مثلاً، المادة (2/214) من التقنين المدني الأردني "الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي" والمادة (215) من ذات القانون "لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح" والمادة (1/239) من ذات القانون والتي جاء فيها "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين" وجميع هذه النصوص تؤكد فحوى هذه القاعدة.

الحالة الثانية: غموض الإرادة؛ فإذا كانت عبارات العقد أو إرادة الطرفين غير واضحة، وإنما ينتابها الغموض بحيث يقتضي الأمر تفسير عبارات العقد أو البحث عن النية المشتركة للطرفين لإزالة الغموض (حداد، حمزة، المرجع السابق، ص: 156).

وهذا ما نصت عليه المادة (2/239) من التقنين المدني الأردني والتي جاء فيها "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة

التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات" ويقابل هذا النص المادة (2/150) من التقنين المدني المصري والتي أكدت بدورها على فحوى هذه القاعدة.

الحالة الثالثة: الشك في الإرادة؛ القواعد العامة تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين، وبما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يتمحور حول الاتفاق الإجرائي المتعلق بالجهة المختصة بنظر النزاع، باستبعاد قضاء الدولة صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات، وإحالة النزاع إلى التحكيم، لذا فإن اتفاق التحكيم ـ شرطاً كان أم مشارطةً ـ يرد على خلاف الأصل العام وهو انعقاد الاختصاص لمحاكم الدولة، لذا فإن الاتفاق يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً بما يتفق وطبيعته، لهذا يجب التأكد من انصراف إرادة المتعاقدين بالفعل إلى التحكيم، فتفسر بذلك عبارات الاتفاق دون التوسع في معناها أو القياس عليها، بحيث تقتصر ولاية هيئة التحكيم على ما ورد صراحة في اتفاق التحكيم، وعليه فإن الشك والغموض حول مدى خضوع نزاع معين إلى التحكيم يفسر بالقول بعدم خضوعه إلى التحكيم والعودة بالتالي إلى الأصل العام، وهو اختصاص قضاء الدولة (والي، فتحي، المرجع السابق، ص ص: **158 – 160**؛ حداد، حمزة، **2007**، ص ص: **158 ـ 159**).

ويرى الباحث أن دور القاضي الوطني يبرز بصدد تفسير اتفاق التحكيم الإلكتروني في نزاع معروض عليه، إذ يتعين على المحكمة عند تفسير اتفاق التحكيم أن تتحرى الحيطة والحذر وأن تفسر بنوده وعباراته تفسيراً ضيقاً، وأن تتلمس كل ما من شأنه إفادة التنازل عنه باعتباره أي التحكيم طريقاً استثنائياً، ومن ثم يتعين عليها تفسيره تفسيراً ضيقاً دون التوسع في تطبيقه (عبد المجيد، منير، **2000**، ص ص: **137 ـ 138**).

وفي هذا الاتجاه، ذهب القضاء إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم، طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وعليه يتعين على المحكمة أن تفسره تفسيراً ضيقاً وبهذا الصدد، قضي أنه "إذا كانت نصوص اتفاقية الامتياز وشرط التحكيم تنص على أن اللجوء إلى التحكيم يكون عند حصول الخلاف بين فريقي الاتفاقية حول تفسير نصوص هذه الاتفاقية أو نفاذها بحق العاقدين، وحيث إن الخلاف بين الطرفين ليس على تفسير أي نص من نصوص هذه الاتفاقية وإنما الخلاف ينحصر ما إذا كانت السلع التي تم استيرادها لصالح المدعية شركة الإسمنت الأردنية هي سلع رأسمالية... وعليه يكون لجوء المدعية إلى القضاء للمطالبة باسترداد ما تدعي أن ما تم استيفاؤه منها خطأ كضريبة مبيعات متفقاً والقانون ويكون الدفع بوجوب اللجوء للتحكيم واقعاً في غير محله " (قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1938/ 2003، تاريخ 2003/8/25، منشورات مركز عدالة).

لكن إذا ما رَفَع أحد طرفي التحكيم دعواه إلى القضاء، ودفع المدعى عليه بسبق الاتفاق على التحكيم، فدفع المدعي ببطلان الاتفاق أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة.

فلا بد لنا من البحث في استقلال شرط التحكيم الإلكتروني والذي سيتم بيانه لاحقاً.

البند الثاني: دور القاضي الوطني في تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم الإلكتروني وتحديد الآثار القانونية الناشئة عنه

اتضح لنا من خلال العرض السابق، أن اتفاق التحكيم (شرطاً كان أم مشارطةً) هو في الحقيقة عقد، له أركانه وشروطه، ويبدو ذلك جلياً وواضحاً في مشارطة التحكيم، حيث يبرم الاتفاق بعد نشأة النزاع واتضاح معالمه، وهو لا

يكون أقل وضوحاً في حالة الشرط التحكيمي الوارد في صلب العقد، فهو ليس مجرد شرط أو بند وارد في العقد الأصلي، باعتباره عقداً آخر ذا طبيعة مختلفة عن العقد الأصلي، وإن كان مندمجاً من الناحية المادية فيه (سلامة، أحمد، 2004، ص: 466؛ مطر، عصام، المرجع السابق، ص: 77).

هذا الارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، يثير التساؤلات الآتية، عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو انقضائه لأحد أسباب الانقضاء، فما مدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم؟ وفي الفرض المعاكس للتساؤل الأول، قد يكون العقد الأصلي صحيحاً، ويكون الاتفاق الذي لحق به العارض القانوني هو اتفاق التحكيم ذاته، فما هو مدى تأثير بطلان اتفاق التحكيم على العقد الأصلي؟ وهل يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالتحكيم التقليدي على التحكيم الإلكتروني؟ للإجابة عن هذه التساؤلات لا بد من التعرض إلى ماهية استقلال شرط التحكيم، والآثار القانونية المترتبة عليه، وموقف أهم الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية منه.

أولاً: ماهية مبدأ استقلال شرط التحكيم الالكتروني

بهذا الصدد يثور التساؤل التالي، **إذا أثار أحد الخصوم، بطلان العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي، أفلا يثير بذلك بطلان الشرط التحكيمي الوارد في العقد؟**

في الواقع لقد توصل الفكر القانوني المعاصر إلى مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي، الذي يعتبر هذا الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي المطعون فيه، ويجيز لهيئة التحكيم النظر في النزاعات التي تدور حول صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي، حيث اعتمد الفكر القانوني على فكرة أن الشرط التحكيمي داخل العقد هو اتفاقية في الاتفاقية أو عقد في العقد، أي

بتعبير آخر أن الشرط التحكيمي هو عقد مواز للعقد الأساسي، وإن قاضي العقد هو قاضي الشرط التحكيمي (الأحدب، عبد الحميد، الكتاب الأول، 2008، ص ص: 447 – 448).

بالتالي يقصد باستقلال شرط التحكيم، أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، على أنه يعتبر عقداً قائماً بذاته، وإن كان جزءاً من ذلك العقد، أو أحد بنوده، فإن كان اتفاق التحكيم باطلاً لعيب فيه، فإن هذا البطلان لا يمتد إلى العقد الأصلي الذي يتضمنه، ويصدق ذلك حتى في الحالات التي يعتبر فيها الشرط التحكيمي بوجهة نظر الطرفين، معتبراً كشرط جوهري، لأنه لولاه لما أقدم الطرفان على إبرام العقد (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 142 – 143؛ مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 121 – 122).

كما إذا كان العقد الأصلي نفسه باطلاً أو مفسوخاً لأي سبب، فهو لا يؤثر بدوره على اتفاق التحكيم؛ وذلك هو ما يعبر عنه باستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم، فالفكرة التي استند إليها هذا المبدأ، هي أن شرط التحكيم والعقد الأصلي يشكلان عملين متميزين، بالتالي فإن شرط التحكيم هو عقد مواز للعقد الأصلي، لذا فإن عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء أكان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي أم كان مستقلاً عنه في صورة اتفاق منفصل عن العقد (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 117 – 120؛ عبد القادر، ناريمان، 1996، ص: 312).

ثانياً: الآثار القانونية الناشئة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم

أخذ المشرعان الأردني والمصري بمبدأ استقلالية شرط التحيكم، حيث أوجبت المادة (22) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، والمادة (23) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، أن شرط التحكيم يعد

اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأنه لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه هذا العقد إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته، وبتطبيق هاتين المادتين نصل إلى النتائج التالية:

1- **عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي:** وهذا يعني أن بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، لا يؤثر على اتفاق التحكيم طالما كان الأخير صحيحاً في ذاته ولم يلحق به أي عيب من عيوب الإرادة، وعليه إذا طعن أحد المتعاقدين في صحة العقد وتمسك ببطلانه، فإن ذلك لا يؤثر في شرط التحكيم المدرج في العقد طالما كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته (شفيق، محسن، 2008، ص ص: 195 – 196؛ إبراهيم، خالد، 2008، ص: 283).

2- **عدم ارتباط العقد الأصلي بمصير اتفاق التحكيم:** وهذا يعني أن بطلان شرط التحكيم لا يكون له أثر في العقد، فيعتبر شرط التحكيم في هذا الحالة كأن لم يكن، فيبقى العقد الأصلي المتضمن هذا الشرط صحيحاً نافذاً على الرغم من بطلان شرط التحكيم، حيث يترتب على بطلان شرط التحكيم في هذه الحالة إحالة المنازعات الناشئة عن العقد إلى القضاء الأصيل (جبران، محمد، المرجع السابق).

3- **عدم خضوع اتفاق التحكيم إلى ذات القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي:** ولذلك يجوز للأطراف أو القاضي الوطني إخضاع الاتفاق التحكيمي إلى قانون يختلف عن القانون الذي يخضع إليه العقد الأصلي (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 200).

وعليه فإن بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي أو شرط التحكيم

لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي أو فسخ أو انقضى، فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم وبالتالي السير في إجراءات التحكيم والفصل في النزاع بحكم ملزم من المحكم؛ لكن إذا كان العقد الأصلي صحيحاً وكان شرط التحكيم باطلاً في ذاته، ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع، ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان الشرط الخاص به (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: **200**) وفي جميع الأحوال فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يمكن تبريره، بأن النزاع سيحال في نهاية المطاف إلى جهة معينة للفصل فيه وهي القضاء، لذلك فإنه لا مشكلة من الإبقاء على شرط التحكيم وإحالة النزاع إلى جهة التحكيم التي ستقضي فيه بحكم سيخضع إلى رقابة القضاء عن طريق دعوى بطلان الحكم أو دعوى إكساء الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية (حداد، حمزة، **2007**، ص: **110**).

4- **مبدأ الاستقلالية يعطي هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها، وهو ما يعرف بقاعدة الاختصاص بالاختصاص:** ومفاد القاعدة أن المحكم يستمر بالنظر في إجراءات التحكيم، وهو الذي يقرر اختصاصه بالنظر في الموضوع من عدمه، وإن كان قد جرى الطعن بصحة العقد الأصلي في المحاكم أو الطعن بصحة شرط التحكيم وإن النظر من قبل المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم (مساعدة، وائل، **2008**؛ سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: **200**).

ثالثاً: موقف أهم الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والاجتهادات القضائية من مبدأ استقلال شرط التحكيم

يمكن القول إن القضاء هو أول من قرر صراحة مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فقد أصدرت المحكمة الهولندية في 27 كانون الأول 1935 حكماً يتلخص بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم، وأعقبه في ذلك القضاء الألماني الذي قرر في 14 أيار 1952 بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماماً عن مصير العقد الذي يتضمنه (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص: 118)، وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذه الأحكام، فأصدر بدوره حكماً مهماً في 7 أيار 1963 يقضي بأنه "في مجال التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلاً عن التصرف القانوني أو متضمناً إياه لا يمثل دائماً - عدا أحوال استثنائية - استقلالاً قانونياً متكاملاً مما يستبعد إمكان تأثره بعدم الصحة المحتمل لهذا التصرف" (سلامة، أحمد، المرجع السابق، ص: 483).

وقد انتشر مبدأ الاستقلال بعد ذلك في أحكام قضائية عديدة، فأصبح مبدأ منصوصاً عليه في معظم التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية، حيث أشارت الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في المادة (3/5) منها على أنه: "إذا نوزع في اختصاص المحكم، فلا يتخلى عن نظر القضية، وإنما يكون له سلطة الفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يشكل ذلك الاتفاق جزءاً منه" وكذلك الحال أشارت اتفاقية واشنطن لعام 1965 إلى هذا المبدأ بطريقة ضمنية في المادة (41) منها والتي جاء فيها "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها".

كما نصت المادة (16) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسترال) لعام 1985 على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً منعقداً كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

ونلخص مما تقدم أن اتفاق التحكيم يستقل في مواجهة العقد الأصلي استقلالاً كاملاً لا يمكن تقويضه، وفي ذلك يتمتع اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات بميزة كبيرة تجعله قادراً على الفصل في المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود دون أن يتأثر بالعيوب التي قد تلحقها، لكن يلاحظ أن جميع القواعد والآثار السابقة لمبدأ الاستقلالية تختص بالتحكيم التقليدي، **فهل يمكن أن تطبق تلك القواعد والآثار على اتفاق التحكيم الإلكتروني؟**

يذهب الفقه إلى أن جميع الآثار القانونية الناشئة عن مبدأ الاستقلالية تنطبق على التحكيم الإلكتروني، إذ إن صورتي التحكيم المتمثلتين في شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم لا تثيران أية مشكلة في مجال التحكيم الإلكتروني لإمكان إجراؤها بين الأطراف بالشكل الإلكتروني، أما نقطة الخلاف الوحيدة بين التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني، تتمحور حول مشروعية اتفاق التحكيم المبرم إلكترونياً خاصة أن معظم القوانين تتطلب الكتابة في الاتفاق، والتي ذهب الفقه - على النحو المتقدم بيانه سابقاً - بأن الكتابة على الدعائم الإلكترونية تحقق نفس الغاية والهدف الذي تقوم به الكتابة التقليدية وهو ما يفيد بمشروعية وسائل الاتصال الحديثة في إبرام اتفاق التحكيم وبالتالي الاعتراف بمشروعيته (إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 293 – 297) (مطر، عصام، المرجع السابق، ص: 82).

ويـرى الباحـث أنـه أمـام عـدم وجـود نـصوص قانونيـة تـنظم التحكـيم الإلكترونـي، يتوجب على القاضي الوطني القيام بدور خلّاق من خلال تطويع النصوص القانونية الموجودة أصلاً لتتواءم مع نظام التحكيم الإلكتروني، وعليه فإن القاضي الوطني سيقر مبدأ استقلالية شرط التحكيم الإلكتروني استناداً إلى أن غالبية الأطر القانونية الناظمة للتحكيم جاءت عامة ومطلقة وغير خاصة بنوع معين من أنواع التحكيم، فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل على تقييده نصاً أو دلالة، لذا لا غضاضة من القول بأن شرط التحكيم الإلكتروني شأنه بذلك شأن شرط التحكيم التقليدي ليس مجرد شرط في العقد الأصلي، وإنما هو عقد آخر مستقل عنه.

البند الثالث: دور القاضي الوطني في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني

تعتبر مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني من المسائل المهمة، باعتبار أن هذا القانون هو الذي يحكم اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته ونفاذه وآثاره وتحديد ما يرتبه من حقوق والتزامات على عاتق أطرافه (الشريدة، توجان، المرجع السابق).

وتثور مسألة تحديد القانون المذكور أول ما تثور أمام المحكم، إذ عليه قبل أن يمضي في التحكيم أن يتأكد من صحة الاتفاق عليه ونفاذه، باعتبار أن ولايته منوطة بهذا الاتفاق؛ لكن مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم تثور أيضاً أمام القضاء، فهي قد تثور أمامه أولاً عندما يرفع أحد طرفي النزاع دعواه أمام القضاء، ويتمسك المدعى عليه بوجود اتفاق التحكيم فيدفع المدعي ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم نفاذه في حقه، وهي تثور أمامه مرة أخرى عندما يصدر حكم التحكيم ويراد الحصول على أمر بتنفيذه، وهي تثور أمامه

مرة ثالثة بمناسبة الطعن في بطلان حكم التحكيم (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 302؛ سامي فوزي، المرجع السابق، ص: 179).

ويسلم الفقه (شفيق، محسن، المرجع السابق، ص ص: 210 – 211؛ عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 114 – 115؛ شتا، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 317 – 319) في مجموعهِ بإخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، وبالتالي فإن القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم يحدد في ظل مبدأ قانون الإرادة، فالأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم.

أما في حالة غياب قانون الإرادة فتشير التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم إلى اتجاهين؛ يرى أولها أن هيئة التحكيم ملزمة بتحديد القانون الواجب تطبيقه على الموضوع من خلال قواعد التنازع (حداد، حمزة، المرجع السابق، ص ص: 323 – 325؛ عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 114 – 117) بينما يرى الاتجاه الثاني أن تمنح هيئة التحكيم سلطة التحديد دون الاعتماد على قواعد التنازع، وقد اعتنق الفقه الغالب هذا الاتجاه الذي يترك الحرية لهيئة التحكيم في الاختيار والأخذ بالقاعدة التي تبدو أكثر ملاءمةً تبعاً لظروف النزاع (حوته، عادل، المرجع السابق، ص: 316؛ الرومي، أمين، 2006، ص: 114).

مع ذلك يرى جانب من الفقه (شفيق، محسن، المرجع السابق، ص ص: 211 – 218) أنه رغم حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على الاتفاق التحكيمي فإن الحاجة إلى قاعدة إسناد لتحديد هذا القانون تظل قائمة، خاصة في المسائل التي تخرج بطبيعتها عن سلطان الإرادة، كما هو الحال في أهلية المتعاقدين، والشكل اللازم لإفراغ التصرف فيه، وكذلك الحالات التي يضطر فيها المحكم إلى استبعاد القانون المختار إذا ما كان هذا القانون يخالف النظام العام (بردان، محمود، 2004، ص ص: 58 – 59).

وفي جميع الأحوال، فإن هيئة التحكيم ليست مطلقة الحرية باختيار القانون الموضوعي، بل تظل مقيدة ببعض القيود، فهيئة التحكيم تتقيد بأحكام العقد القائم بين الطرفين وكذلك أي عقد ذي صلة بالموضوع، وهذه الأحكام قد تشير إلى قاعدة إسناد أو قاعدة موضوعية، كذلك تتقيد بمراعاة الأعراف والعادات التجارية السائدة، فإذا أغفلت الهيئة إعمال هذه القيود أصبحت مخالفة بذلك لإرادة الأطراف التي يقوم عليها نظام التحكيم مما يجعل حكمها معيباً وقابلاً للطعن لهذا السبب (بيومي، كوثر، المرجع السابق، ص: 214).

ولا تكاد تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية متعلقة بالتحكيم من نص على تطبيق القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حال غياب أو تخلف إرادة المحتكمين عن تعيينه، حيث تبنت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف لعام 1961 (المادة 1/7)، وكذلك اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى المعقودة في واشنطن لعام 1960 (المادة 42)، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 (المادة 1/21)، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 (المادة 28)، قاعدة حرية المحتكمين في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حال غياب هذا الاتفاق فعلى المحكمين تطبيق القانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين التي يرونها أنها واجبة التطبيق في الدعوى آخذين بعين الاعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية (إبراهيم، إبراهيم، 1985، ص ص: 167).

وفي ضوء ما سبق نتساءل، عن إمكانية تحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع التحكيم الإلكتروني من خلال قواعد الإسناد التقليدية المعمول بها في مجال تنازع القوانين، أم أن طبيعة منازعات التجارة الإلكترونية تستوجب الخروج عن هذه القواعد؟

في البداية فإن قاعدة الإسناد تعرف بأنها: "القاعدة القانونية، التي ترشد القاضي أو المحكم إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، وهي قاعدة من صنع المشرع الوطني، وبمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملاءمةً لحكم العلاقة الخاصة الدولية، بما يحقق مصالحه الاقتصادية والسياسية والاجتماعية" **(الحداد، حفيظة، 2007، ص: 25).**

فعلى سبيل المثال قاعدة الإسناد الواردة في المادة (20) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه: "1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك. 2 – على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار"، وبالإشارة إلى هذه المادة قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها على أنه: "يستفاد من المادة (20) من القانون المدني أنه في الالتزامات التعاقدية يطبق قانون الدولة التي يوجد فيها موطن مشترك لكلا المتعاقدين كقاعدة رئيسة، فإن اختلف المتعاقدان في الموطن سرى على العقد قانون الدولة التي تم فيها التعاقد، وحيث إن المتعاقدين ليس لهما موطن مشترك فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الكويتي قانون الدولة التي تم فيها التعاقد وبالتالي فإن تطبيق محكمة الاستئناف لقانون التجارة الكويتي على الدعوى يكون متفقا والقانون" **(قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (2004/3210)، تاريخ 2005/1/16، منشورات عدالة).**

وبذلك فإن قاعدة الإسناد هي التي تقضي بإسناد أي نزاع ناشئ عن المعاملات التقليدية بين الأفراد إلى قانون محدد وفقاً لقواعد الإسناد، من هنا ذهب جانب من الفقه بأن مذهب الإسناد التقليدي يقوم على مرتكزات مكانية

وجغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم إلكترونياً أو من خلال شبكة الإنترنت، حيث إن هذه الشبكات الإلكترونية قد خلقت مجتمعاً إلكترونياً عالمياً له أشخاصه وأدواته، وهو مجتمع متصل لا تحده حدود سياسية أو جغرافية، مما دفع بأصحاب هذا الاتجاه إلى المناداة بتطبيق القانون الموضوعي الإلكتروني، الذي يستجيب لخصوصية التقنية الإلكترونية (الهواري، أحمد، 2003).

كما ذهب جانب من الفقه (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص ص: 308 ـ 309) إلى أن قواعد التجارة الدولية وإن كانت قد تغلبت على الصعوبات التي أعاقت قواعد تنازع القوانين عن إتمام مهامها في توفير حل عادل لمنازعات التجارة الدولية، إلا أن هذه القواعد لا يمكن أن تعين المحكمين على الفصل في منازعات التجارة الإلكترونية، وذلك لاختلاف البيئة التي تثور بشأنها هذه المنازعات، فالبيئة التي تنشأ فيها منازعات التجارة الإلكترونية هي بيئة مفترضة لا تحدها حدود، ومن ثم فهي بيئة غير صالحة لأن تحكمها قواعد التجارة الدولية التقليدية، ولا بد من استبدالها بقواعد أخرى تمثل تنظيماً قانونياً ذا طبيعة موضوعية وذاتية خاص بالعمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت بما يعرف بالقانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية.

والقانون الموضوعي الإلكتروني، ما هو إلا تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية خاصة بالعمليات التي تتم عبر شبكة الإنترنت وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي تنشئه، والتي استقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت وطورتها المحاكم وحكومات الدول في مجال الاتصال والمعلومات (الشيخ، محمود، 2011).

في حين يرى جانب آخر من الفقه (حوته، عادل، المرجع السابق، ص ص: 316 – 317) أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم العادي فيما يتعلق

بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فيمكن للأطراف الاتفاق على هذا القانون صراحة، كما يمكن للمحكمة القيام بهذا الاختيار في حالة عدم وجود اتفاق تبعاً لقواعد تنازع القوانين، شريطة ألا تتعارض مع قواعد النظام العام.

ويرى الباحث أنه لا يمكن هجر منهج الإسناد وقواعد تنازع القوانين التي يمكن من خلالها تحديد القانون الموضوعي الواجب تطبيقه على النزاع، وذلك لأن القواعد الموضوعية الجديدة التي تنظم معاملات التجارة الإلكترونية لا يمكن أن تواجه كل المسائل المتعلقة بالتعاقد كمسألة الأهلية، التراضي، التقادم، قواعد البوليس ذات الطبيعة الآمرة (الرومي، محمد، 2006، ص: 112) إذ إن القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، لا يزال في طور التكوين، ولا يمكن أن يشكل نظاماً قانونياً كاملاً وقادراً على توفير جميع الحلول اللازمة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، وعليه فإن على هيئة التحكيم الإلكترونية أو القاضي الوطني عند النظر في منازعات التجارة الإلكترونية أن يتلمسا إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية، فإن لم يجدا فيها الحل، فعليهما اللجوء إلى قواعد الإسناد التقليدية في القانون الدولي الخاص مع مراعاة القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية (المحمد، عماد الدين، المرجع السابق).

ويبرز في هذا المضمار دور القاضي الوطني، إذ إنه يبحث دائماً في صحة اختيار وتطبيق المحكم للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من عدمه (شتا، أحمد، المرجع السابق، ص: 326) فإذا ما استبعد المحكم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على النزاع، أو مسخ القانون المتفق على تطبيقه وتجاهل أحكامه بما يعتبر استبعاداً له (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص: 464) مما يجعل حكمه معيباً وقابلاً للطعن فيه لهذا السبب أمام القضاء.

البند الرابع: دور القاضي الوطني في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني

يعتبر تحديد القانون واجب التطبيق على العملية التحكيمية - أي القواعد الإجرائية التي تنظم سير المنازعة المطروحة أمام هيئة التحكيم - من الأمور الجوهرية في نظام التحكيم الإلكتروني، فهو الذي ينظم هذه الإجراءات منذ بدايتها وحتى نهايتها بصدور حكم التحكيم، وبالتالي هو الذي يحدد كيفية بدء إجراءات التحكيم، وانعقاد الجلسات، وتقديم المحررات والمستندات، وتبادلها بين الأطراف وهيئة التحكيم ومدى حجيتها (سليمان، محمد، 2011، ص ص: 401 – 402) وهكذا فإن هذا القانون له أهمية كبيرة في تحديد أنظمة الإثبات، وتحديد الوسائل التي يجب مراعاتها في احترام المبادئ الأساسية للتقاضي مثل مبدأ المساواة والمواجهة، وتحديد القواعد المتعلقة باستخدام الوسائط الإلكترونية في عقد الجلسات بشكل يحفظ حقوق الأطراف بالدفاع (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 298).

وتلعب إرادة الأطراف دوراً كبيراً في تحديد تلك القواعد سواء عن طريق تولي المحتكمين أنفسهم تنظيم إجراءات التحكيم، أو الاتفاق على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم، أو الاتفاق على اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين أو تلك المنصوص عليها في إحدى لوائح المراكز التحكيمية الدائمة (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، 402).

وعليه، فالقاعدة في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، هو تمتع الأطراف بحرية واسعة وكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات سواء من جهة تحديد حقوق الدفاع، أو تنظيم المداولات التلفزيونية، والاجتماعات الإلكترونية، وكيفية اجتماع الأطراف مع المحكم عبر شبكة الإنترنت، أو من جهة تنظيم طرق الإثبات، وتبادل البينات والمستندات والوثائق والمحافظة عليها (الرومي، محمد، 2006، ص: 107) بيد أن حق الأطراف

باختيار القانون والقواعد الإجرائية يجب أن لا يؤدي إلى المساس بحقوق الأطراف والمبادئ الأساسية للتقاضي، ذلك أن القانون الإجرائي هو السياج الذي يضمن شرعية نظام التحكيم الإلكتروني بأكمله لأن جميع الإجراءات التي يتم اتخاذها يجب أن تسير وفقاً لهذا القانون، وإلا أدى ذلك إلى رفض القضاء الوطني الاعتراف بشرعية الحكم الصادر فيه وبالتالي الامتناع عن تنفيذه (سليمان، محمد، المرجع السابق، ص: 404).

وقد جاء القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 ليؤكد على خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإدارة، حيث نصت المادة 19 من على أنه: "1- مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم ..." وقد اتبع قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 ذات الاتجاه حيث نصت المادة (25) منه على أنه: "أن لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أية منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجه" وهذا ما أكدته المادة (24) من قانون التحكيم الأردني التي جاء فيها: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم...".

وبإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإدارة، فإن ذلك يعني أن الأطراف أحرار في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم، بالتالي فإن هذا القانون يتعين تحديده في ظل مبدأ سلطان الإرادة أو فكرة الخضوع الإداري أو الاختياري لها من جانب الأطراف، ولكي يتم تطبيق القواعد الإجرائية المتفق عليها استناداً إلى قانون الإرادة، يجب أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة، فالأصل أن يكون اتفاق الطرفين صريحاً بشأن اختيار وتحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، سواء بأن يتضمن العقد بنداً صريحاً بهذا الشأن، أو أن يدرج هذا البند في اتفاق مستقل لاحق (عبد المجيد، منير، 2000، ص: 182؛ إلياس، ناصيف، المرجع السابق، ص: 321).

بالإضافة إلى ذلك، فإنه ليس أدل على أهمية إرادة الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، من أن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ذهبت في المادة الخامسة منها إلى عدم الاعتراف بالأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم وعدم تنفيذها في حالة عدم مراعاة هذه الهيئات للقانون الإجرائي الذي تم اختياره من قبل الأطراف.

لكن تثور الصعوبة في حالة عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون الإجرائي الواجب التطبيق، خاصة أن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ذهبت إلى إخضاع إجراءات التحكيم لقانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، أخذاً بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل التقاضي، حيث نصت المادة (1/5/د) منها بما يفيد أنه يرفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا تبين أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

ويرى الباحث أنه من الصعوبة بمكان إعمال هذه القاعدة القانونية على نظام التحكيم الإلكتروني، كونها تقرر حكماً مفاده أنه حال غياب اتفاق الأطراف على القانون الإجرائي واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، يطبق قانون البلد الذي تمت فيه إجراءات التحكيم، ذلك أن التحكيم الإلكتروني يتم في عالم افتراضي غير مرتبط بمكان محدد، ومن ثم يتعين على الأطراف إما الاتفاق مسبقاً على تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، وإما الأخذ بمبدأ قيام هيئة التحكيم باختيار القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة عند غياب اتفاق الأطراف عليها، لتجنب الوقوع في فراغ قانوني.

ونجد أن كثيراً من القوانين الدولية والوطنية قد أقرت سلطة هيئة التحكيم في تحديد القواعد الإجرائية التي تتولى تطبيقها على عملية التحكيم، فنجد مثلاً القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (2/19) منه يقضي بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية لعملية التحكيم فإن هيئة التحكيم تقوم بتحديد هذه القواعد بالكيفية التي تراها مناسبة.

كما سار المشرع الأردني على ذات النهج حيث قضى في المادة (24) من قانون التحكيم بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق على إجراءات العملية التحكيمية فإن هيئة التحكيم تتولى أمر اختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، وبالنسبة للمشرع المصري نجد أنه لم يخرج عن ذلك الإطار بأن خول في المادة (25) من قانون التحكيم هيئة التحكيم اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

من هنا إذا كانت هناك فجوة ما في القواعد الإجرائية، بمعنى إذ لم يكن هنالك اتفاقٌ أو تنظيم للقواعد الإجرائية واجبة التطبيق على العملية التحكيمية الإلكترونية، فإنه تكون للهيئات التحكيمية سلطات تقديرية واسعة في البحث عن القواعد الإجرائية اللازمة التي تراها مناسبة وملائمة لسير العملية التحكيمية الإلكترونية، لكن يشترط في القواعد الإجرائية التي تقوم هيئة التحكيم الإلكترونية بتطبيقها أن توفر للأطراف الضمانات الأساسية، لاسيما فيما يتعلق بكفالة مبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ معاملة الأطراف على قدم المساواة واحترام حقوق الدفاع (سليمان، محمد، المرجع السابق، ص ص: 413 - 414).

ويبرز في هذا المضمار دور القاضي الوطني في عدة نواحٍ، فمن ناحية يبرز دور القاضي الوطني في التعرف على إرادة المتعاقدين، فإذا اتجهت إرادة المتعاقدين الواضحة والصريحة بشأن اختيار وتحديد القانون الإجرائي واجب التطبيق سواء تضمن العقد بنداً صريحاً بهذا الشأن أم اندرج البند في اتفاق مستقل لاحق، فلا يجوز الانحراف عن هذه الإرادة عند حدوث نزاع بشأن العقد المبرم بين المتعاقدين، وفيما يتعلق بالتعبير الضمني عن إرادة المتعاقدين على تحديد القانون أو الإجراءات الواجبة التطبيق، فإنه يستمد من ظروف الواقع وملابساته، إذ إن البحث عن النية المشتركة للطرفين مسألة واقع يترك أمر تقديرها للمحكمة المختصة، فانطواء العقد على شرط يحدد القانون الإجرائي واجب التطبيق من عدمه، يعطي للقضاء سلطة استخلاص وجود اختيار ضمني للقانون في ضوء شروط العقد وظروف الدعوى ووقائعها (ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص: 321).

ومن ناحية أخرى، تبرز الرقابة القضائية على أعمال هيئة التحكيم في تعيينها للقواعد القانونية التي تخضع إليها إجراءات التحكيم، لعدم اتفاق المحتكمين على تنظيم المسائل الإجرائية أو لاتفاقهم على تفويض هيئة التحكيم بهذا التنظيم، فإن كانت هيئة التحكيم تتمتع بالحرية والصلاحية الكاملة في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة للنزاع، أو اعتماد قانون إجرائي لمنظمة أو مركز تحكيمي دائم، فإنها مقيدة في ذلك، ضمان عدم تعسفها في استعمال هذه الحرية وعدم مخالفتها للقواعد الإجرائية الآمرة في قانون الدولة المراد الاعتراف بالحكم التحكيمي فيها وتنفيذه، بالإضافة أنه يشترط في القواعد الإجرائية التي تقوم هيئة التحكيم الإلكترونية بتطبيقها أن توفر الضمانات الأساسية للخصومة التحكيمية، وذلك كله لتفادي بطلان حكم التحكيم (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 334؛ سليمان، محمد، المرجع السابق، ص ص: 413 ـ 414).

وأخيراً يبرز دور الوطني عند رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في حال استبعاد هيئة التحكيم تطبيق القانون المتفق عليه، فإذا قرر المحكم تطبيق قانون غير القانون المتفق عليه أو استبعد تطبيق القواعد الإجرائية التي اتفق عليها الأطراف، بالرغم من اعتراض الخصم الآخر، يكون قراره تعسفياً مما يجعله معيباً وقابلاً للطعن فيه بالبطلان، استناداً لأن التحكيم أساسه إرادة الأطراف وحقهم في اختيار القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فبعدم احترام المحكم لهذه الإرادة يكون حكمه معيباً (حداد، حمزة، 2008، ص: 325).

المحور الثالث: دور القاضي الوطني في تحقيق فاعلية نظام التحكيم الإلكتروني

بالرغم من أن المحكّم يقوم مقام قاضي الخصومة في التحكيم، ويؤدي الدور ذاته الذي يقوم به القاضي، إلا أنه لا يتمتع بسلطة الإجبار التي يتمتع بها

القاضي، وهو ما يظهر عجز المحكم عن منح الحماية القضائية الميسرة للمحتكمين، إذ إن ضمان فعالية التحكيم واحترام الآثار المترتبة عليه يقتضي تعاوناً وثيقاً بين القضاء وهيئات التحكيم، وهكذا يتبدى لنا أن خصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء، في شقّها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم، وفي الدور المساعد الذي يكمل فيه القاضي سلطة المحكم المنقوصة، ودون هذه الولاية يصبح التحكيم نظاماً قانونياً بلا فاعلية؛ ذلك أن التحكيم لم يعد نظاماً رضائياً يتوقف نجاحه على حسن نية المحتكمين ومدى مساعدتهم للمحكم في أدائه لمهمته (البديرات، محمد، بدون تاريخ).

ويعرض هذا المحور لولاية القضاء على إجراءات التحكيم، من جهة أوجه المساعدة والمؤازرة، ومن جهة أخرى حدود الرقابة والإشراف على التحكيم بهدف إرساء المقومات التي تكفل سير عملية التحكيم وتحقيق أغراضه، ويعد هذا الاتجاه دليلاً على أهمية الدور الذي يمكن أن يلعبه القاضي الوطني لصالح تفعيل وإنجاح نظام التحكيم الإلكتروني.

البند الأول: دور القاضي الوطني في رد الدعوى لوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على اتفاق التحكيم الإلكتروني أثر سلبي، يتمثل في التزام الطرفين بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع محل التحكيم، التزاماً يترتب عليه غل يد القضاء عن النظر فيه، وهذا الالتزام هو التزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة، فإذا ما أخل أحد الطرفين بالتزامه ورفع دعواه إلى القضاء، كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 509).

مع ذلك فليس للقاضي الذي يعرض أمامه نزاع مشمول باتفاق تحكيمي، أن يثير من تلقاء نفسه مسألة عدم اختصاصه، فإذا كان اتفاق التحكيم قائماً

على سلطان الإرادة، فإن سلطان الإرادة يمكّن الأطراف الرجوع عن التحكيم بالاتفاق على ذلك، والعودة إلى القضاء، فحين يستحضر المدعي خصمه المدعى عليه أمام القضاء، فإنه بذلك يكون قد تنازل عن اتفاق التحكيم، فإذا مثل المدعى عليه أيضاً دون أن يتمسك بالاتفاق التحكيمي ودون إثارة مسألة عدم الاختصاص، فإنه يكون متوافقاً مع المدعي على التخلي عن اتفاق التحكيم والرجوع إلى القضاء، ولا يمكن للقاضي حينئذٍ أن يتمسك بعقد تخلى عنه طرفاه (الأحدب، عبد الحميد، الكتاب الثاني، 2008، ص: 253).

وبعبارة أخرى، فإن الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء هو التزام لا يتعلق بالنظام العام ويكون لكل من الطرفين النزول عن حقه بالالتجاء إلى التحكيم بإرادته وحدها، فسكوت المدعى عليه عن الدفع بوجود شرط التحكيم وتكلمه بالموضوع، يفيد التحلل من الالتزام المتبادل بعدم الالتجاء إلى القضاء ويلتقي مع إرادة المدعي في ذلك.

وهنا تبرز التساؤلات التالية، **هل يحق لطرفي اتفاق التحكيم الإلكتروني الدفع أمام القضاء بعدم اختصاص المحكمة؟ وماهو دور المحكمة التي ترفع أمامها دعوى أبرم بشأنها اتفاق على التحكيم الإلكتروني؟**

والجواب:

أولاً: يكون للخصم الذي يتمسك باتفاق التحكيم الدفع بعدم اختصاص المحكمة وطلب إحالة النزاع إلى التحكيم، ودون هذا الحل يفقد اتفاق التحكيم الإلكتروني كل فاعليته ويعتبر مجرد اتفاق مجاملة.

ثانياً: للمحكمة التي يرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاقٌ على التحكيم الإلكتروني أن تحيل الخصوم إلى التحكيم، إذا تمسك الخصم صاحب المصلحة بوجود الاتفاق قبل إبداء أي دفاع آخر، إذ إن الاتفاقيات الدولية

والقوانين الوطنية أخذت باتجاه إلزامية التحكيم، وللمحكمة التي يرفع إليها النزاع أن تقضي عند وجود اتفاق التحكيم وتمسك الطرف الآخر به برد الدعوى **(شفيق، محسن، المرجع السابق، ص: 199)**.

حيث جاءت المادة (3/2) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام 1958 لتنص على ما يلي: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتنفيذ".

كما أن المادة (1/8) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 نصت على ما يلي: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق للتحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

وتنص المادة (12/أ) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على أنه: "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى" والتي تقابلها المادة (1/13) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 بنص مماثل.

ومفاد ذلك أن اتفاق التحكيم يحجب المحاكم عن النظر في النزاع محل الاتفاق، وهو ما يعرف بالأثر المانع لاتفاق التحكيم، إذ يوجب على المحكمة التي تنظر في نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي برد الدعوى، بيد أن

المحكمة لا تملك إعمال هذا الأثر من تلقاء نفسها، بل يجب لذلك أن يتمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم قبل إبداء أي طلب أو دفاع، فعلى المدعى عليه أن يدفع بالتحكيم قبل الدخول في أساس الدعوى وإلا سقط الحق فيه، فإذا ما عرض على القاضي الوطني نزاع ولم يتمسك أطرافه باتفاق التحكيم، وجب عليه أن يفصل في الدعوى (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: **510 – 515**؛ شفيق، محسن، المرجع السابق، ص ص: **199 – 200**).

لكن ما هو الحل إذا دفع أمام القاضي الوطني بوجود اتفاق تحكيم إلكتروني وتمسك الطرف الآخر ببطلان هذا الاتفاق، أو إذا رأى القاضي من ظاهر الأوراق المقدمة أن الاتفاق على التحكيم باطل؟

في الواقع تضمن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المادة (1/8) واتفاقية نيويورك المادة (3/2) ما يفيد بأن على المحكمة أن تحيل الخصوم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين لها أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتنفيذ.

ويرى البعض ـ ونحن معه ـ أن خلو قانون التحكيم الأردني أو المصري من تلك الفقرة لا يغير من الأمر شيئاً، لأن مناط الحكم برد الدعوى لوجود اتفاق التحكيم هو وجود اتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد الوجود المادي لمحرر ـ تقليدي أو إلكتروني ـ يتضمن مثل هذا الاتفاق، ولا ينال من هذا الرأي ما قضت به المادة (21/أ) من قانون التحكيم الأردني على أن "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع" والتي تقابل المادة (1/22) من قانون التحكيم المصري؛ ذلك أن هذا النص الذي أرسى مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يسلب المحاكم اختصاصها بنظر الدفوع الواردة في ذلك النص، إذا ما طرحت عليها بمناسبة تمسك أحد الأطراف باتفاق التحكيم

ودفع الطرف الآخر هذا الاتفاق، ذلك أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، فلا يتصور إلزام القاضي الحكم برد الدعوى بناءً على تمسك أحد الأطراف باتفاق تحكيم يرى القاضي بطلانه (بريري، مختار، 1995، ص: 47).

غير أن اعتراف القاضي الوطني باتفاق التحكيم، وأمره برد الدعوى وإحالة القضية إلى التحكيم إذا وجد أن هنالك اتفاقاً على التحكيم يستلزم تحقق شروط معينة، وهذه الشروط هي: (البطانية، عامر، 2004)

الشرط الأول: يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً

فقد نصت المادة (2/2) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 على أنه: "يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

ويتضح من هذا النص أن القاضي الوطني غير ملزم بالاعتراف باتفاق التحكيم إلا إذا كان مفرغاً في محرر، واستلزام الاتفاقية هذا الشرط لهو تأكيد على ما دل عليه سير العمل في مجال التحكيم التجاري بجريان الاتفاق على التحكيم عادةً في وثائق مكتوبة، قد تكون عقوداً مبرمة لهذا الغرض أو مراسلات أو برقيات، ومن هنا لم تستلزم الاتفاقية كتابة اتفاق التحكيم في شكل معين، حيث يجوز أن يرد هذا الاتفاق في صورة برقيّات أو خطابات متبادلة، وهذا ما يفتح المجال أمام الاعتراف باتفاق التحكيم الإلكتروني ما دام مفرغاً في محرر إلكتروني (شفيق، محسن، المرجع السابق، ص ص: 109 – 110).

الشرط الثاني: يجب أن يكون النزاع قابلاً للتحكيم

فلا يلتزم القاضي الوطني بالاعتراف باتفاق التحكيم، إذا كان النزاع يتعلق بمسألة لا يجوز طبقاً لقانونه الوطني عرضها على التحكيم.

من هنا يرى الباحث أنه إذا ما توافر الشرطان السابقان، ترتب على

القاضي الوطني الاعتراف باتفاق التحكيم الإلكتروني، وليس للمحاكم الوطنية أن ترفض الاعتراف باتفاق التحكيم استناداً إلى عدم توافر أي شرط آخر لم تورده الاتفاقيات الدولية المرعية أو القوانين الوطنية النافذة، فإذا ما أقيمت دعوى أمام محكمة موضوعها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم إلكتروني فمن الواجب أن تأمر المحكمة برد الدعوى إذا طلب أحد الخصوم ذلك.

وخلاصة ما تقدم، أنه إذا كان هناك اتفاق تحكيم بشأن نزاع معين، وعرض ذات النزاع على القضاء، فيجب على المحكمة رد الدعوى إذا توافرت شروط معينة، أهمها أن يثير المدعى عليه الدفع بوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني قبل الدخول في أساس الدعوى حسب تعبير القانون الأردني، أو قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى حسب تعبير القانون المصري؛ وعلى ذلك، فإن دور القاضي الوطني هو التثبت من وجود اتفاق تحكيم حول النزاع المعروض عليه، وأن هناك دفعاً بشأنه، أثاره المدعى عليه قبل التعرض إلى موضوع الدعوى، فإذا تبين له ذلك، فيتوجب عليه رد الدعوى حسب تعبير القانون الأردني، أو عدم قبول الدعوى حسب تعبير القانون المصري، وبمعنى آخر، فإن وجود اتفاق تحكيم يفيد من حيث المبدأ، نزع الاختصاص بشأن النزاع موضوع الاتفاق من القضاء، وإعطائه للجهة المختصة بذلك أي التحكيم (حداد، حمزة، 2005).

البند الثاني: دور القاضي الوطني في تكملة سلطة المحكمين

لما كان المحكم لا يعدو عن كونه شخصاً عادياً لا يملك سلطة القاضي من إجبار الغير على الانصياع إلى ما تتطلبه الخصومة التحكيمية، فكثيراً ما تحتاج هيئة التحكيم مساعدة القضاء أثناء إجراءاته لينتهي التحكيم إلى تحقيق أهدافه، فالهيئة ليست سلطة قضائية لها صلاحية الإجبار في إلزام شخص على

القيام بعمل بالقوة، أو فرض جزاء عليه إذا لزم الأمر، بخلاف سلطة القضاء التي لها القيام بذلك، وإزاء ذلك فلا شك أن المحكم يحتاج إلى مساعدة القاضي إذا طرأ أثناء سير الخصومة ما يتطلب الاستعانة بالسلطة القضائية، مثال ذلك دعوة خبير للمناقشة، أو دعوة شاهد للشهادة على واقعة معينة، أو الطلب من شخص ثالث تقديم مستندات تحت يده لهيئة التحكيم لأهميتها للفصل في النزاع، وذلك لضمان فعالية التحكيم (البديرات، محمد، المرجع السابق؛ حداد، حمزة، 2005).

وقد قنن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 الدور المساعد للقضاء في الحصول على الأدلة، حيث نصت المادة (27) من هذا القانون على أنه "في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقتها طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها وفقاً لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة" كذلك فعل المشرع الأردني في قانون التحكيم عندما قنن الدور المساعد للقضاء في تكملة سلطة المحكم بما يمكنه من حسم النزاع المعروض عليه، حيث نصت المادة (8) منه على أنه "لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال المبينة فيه، وذلك دون إخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على إجراءات التحكيم، وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد أو خبير أو الأمر بإحضار مستند أو صورة عنه أو الاطلاع عليه أو غير ذلك".

والواقع أن هذه النصوص تبرز جانباً من السلطات التي خولها المشرع للقضاء على نحو يضمن للعمل القضائي احترامه ويحوز حجية الأمر المقضي بوصفه عنواناً للحقيقة، بيد أن هذه السلطات لا يتمتع بها المحكم، بالرغم

من كونه قاضي الخصومة المطروحة أمامه، ولكن شتان بين قاضٍ يتمتع بسلطة الإجبار، وقاضٍ يفتقر إلى هذه السلطة (حداد، حمزة، 2007، ص: 321؛ الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 191 – 192؛ البديرات، محمد، المرجع السابق).

وطالما أن المحكم شخص عادي لا يتمتع بسلطة القضاء، فإنه لا يستطيع أن يجبر شاهداً أو خبيراً على المثول أمامه ولا يستطيع توقيع الجزاء على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو الإجابة عن ما يطلب إليهم الإجابة عنه؛ فيكون له أن يطلب من القاضي المختص ذلك، حيث منحت المادة (6/81) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني للقضاء فيما يتعلق بالشهود، أنه حال تبلغ الشاهد تبليغاً صحيحاً وتخلف عن الحضور ولم يكن له عذر مشروع في ذلك، جاز للمحكمة أن تصدر مذكرة إحضار بحقه تتضمن تفويض الشرطة بإخلاء سبيله بالكفالة وإذا حضر الشاهد ولم يقتنع القاضي بعذره، له أن يحكم عليه بالحبس أو بالغرامة.

كذلك الحال عند عدم إيداع الخبير تقريره في الوقت المحدد، أو تخلفه عن الحضور للمناقشة، حيث منحت المادة (86) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني للقضاة، أنه إذا لم يودع الخبير تقريره في الوقت المحدد وجب عليه أن يودع قلم المحكمة قبل انقضاء الأجل مذكرة تبين الأسباب التي حالت دون إتمام خبرته، فإن لم يكن ثمة مبرر لتأخره حكمت عليه المحكمة بالغرامة ومنحته مهلة أخرى لإنجاز خبرته أو استبدلت به غيره وألزمته برد ما قد قبضه من نفقات الخبرة.

كما أنه ليس للمحكم إلزام الغير تقديم مستند تحت يده أو الحكم على من يتخلف من الخصوم أو الغير عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من

إجراءات الخصومة في المواعيد المحددة بالجزاء، في حين أن القضاء الوطني هو الذي يستأثر بسلطة الإجبار والإلزام، حيث منحت المادة (100) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني للقضاة، أنه يحق للمحكمة أن تأمر أي فريق أن يبرز ما في حوزته أو تحت تصرفه من مستندات ترى أنها ضرورية للفصل في الدعوى، ويكون لها أن تحكم بموجب المادة (72) من ذات القانون على من يتخلف من الخصوم عن إيداع المستندات أو عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد المحدد بالغرامة.

كذلك الأمر بالنسبة للمحكم فإنه لا يملك سلطة الإنابة القضائية إذا كان الفصل في النزاع يتطلب اتخاذ إجراء ما في دولة أخرى، ومن أجل ذلك أجاز المشرع له أن يطلب من المحكمة إنابة محكمة أخرى إنابة قضائية للقيام مكانها بأحد أو ببعض الإجراءات القضائية التي يقتضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها والتي تعذر عليه مباشرتها بنفسه بسبب المسافة أو أي مانع آخر (أبو الوفا، أحمد، دون تاريخ، ص: 56؛ البطاينة، عامر، المرجع السابق).

والحقيقة أن مظاهر تكملة القضاء لسلطة المحكم لا تقع تحت حصر، فكل إجراء ما قد يتوقف عليه حسم النزاع المعروض على التحكيم، ولم ينفذ طوعاً ممن طلب منه، جاز للمحكم الطلب من القاضي المختص مساعدته على إتمام إجراءات التحكيم، تحت طائلة إيقاع الجزاء بحق الشخص المتخلف عن إتمامه، ومن هنا يبرز بجلاء الدور الفعال للقضاء في تكملة قصور سلطة المحكم، وضمان حسن سير عملية التحكيم، دون هذا الدور المساعد لا يمكن لهيئة التحكيم أن تقوم بعملها، وسيبدو نظام التحكيم برمته نظاماً قانونياً بلا فاعلية (البديرات، محمد، المرجع السابق).

البند الثالث: دور القاضي الوطني في حسم المسائل الأولية

قد تقع خلال إجراءات الخصومة التحكيمية مسألة تخرج عن حدود ولاية المحكم، إما لكونها غير قابلة للتحكيم أصلاً وإما لأن اتفاق التحكيم لا يشملها، وفي هذه الحالة يكون على المحكم أن يوقف الإجراءات حتى يفصل فيها من المحكمة المختصة نهائياً (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص: 209).

وقد قنن المشرع الأردني، في المادة (43) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 ذلك، حيث نصت على أنه "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم أو تم الطعن بالتزوير في ورقة قدمت لها واتخذ إجراءات جزائية بشأن تزويرها أو بشأن أي فعل جزائي آخر يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجزائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا وقفت الإجراءات حتى يصدر حكم قطعي في موضوع النزاع ويترتب على ذلك وقف سريان الموعد المحدد لإصدار حكم التحكيم" وهذا ما نصت عليه المادة (46) من قانون التحكيم المصري أيضاً.

وتتناول هذه النصوص حكم المسائل العارضة التي تواجه هيئة التحكيم خلال نظرها الدعوى؛ فقد تكون هذه المسائل داخلة في ولاية المحكم، فيتوجب عليه البث فيها، وقد تكون هذه المسائل خارجة عن حدود ولايته وفي هذه الحالة يتعين التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: أن يقدّر المحكم أن الفصل في هذه المسائل غير لازم للفصل في النزاع، وفي هذا الفرض يجوز له الاستمرار في الإجراءات دون انتظار الفصل فيها من القضاء.

والفرض الثاني: هو أن يقدّر المحكم أن الفصل في هذه المسائل لازم للفصل

في موضوع النزاع، وفي هذا الفرض يتعين عليه أن يوقف السير بالإجراءات حتى يتم الفصل فيها من المحكمة المختصة بحكم قطعي (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 194 ـ 195).

وأبرز تطبيقات المسائل الأولية، أن يعرض خلال إجراءات التحكيم طعن بالتزوير في ورقة قدمت لهيئة التحكيم، أو اتخذ بصددها إجراءات جزائية؛ أو قد تكون المسألة الأولية من مسائل القانون العام كالطعن بعدم دستورية قانون أو قرار إداري متصل بالنزاع؛ وقد تكون المسألة من مسائل الأحوال الشخصية كمسألة موانع الأهلية، أو قد تكون من المسائل ذات الصلة المباشرة بالمسائل المالية، كمسألة الإفلاس. (أبو الوفا، أحمد، بلا تاريخ، ص: 56، عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 210 – 211؛ البطانية، عامر، المرجع السابق).

ويلاحظ في هذا الصدد أن حق هيئة التحكيم وواجبها يكمن في الطلب من القضاء المختص حسم المسألة الأولية أو القانونية ووقف الخصومة التحكيمية إلى حين الفصل في المسألة تلك التي لا تدخل في ولايتها، إذ إن لجوء هيئة التحكيم إلى القاضي الوطني في مثل هذه المسائل يعتبر ضرورة حتمية لإنجاح عملية التحكيم بفضل يد المؤازرة والتعاون التي تجمع السلطة القضائية بالتحكيم.

البند الرابع: دور القاضي الوطني في اتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية

قد تطرأ أثناء النظر بدعوى قضائية أو بمناسبتها، الحاجة إلى اتخاذ تدابير وقتية أو إجراءات تحفظية تتصف بطبيعتها بطابع العجلة ولا يمكنها أن تنتظر انتهاء دعوى الأساس لأجل اتخاذها تحت طائلة فقدان أية فعالية لحكم الأساس، فيتم اللجوء إلى القاضي المختص بالنظر في هذه التدابير والإجراءات وهو عادة قاضي الأمور المستعجلة (القضاه، مفلح، 2004، ص ص: 65 ـــ 71؛ الكيلاني، محمود، 2006، ص ص: 320 ـ 323).

وقد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم اتخاذ بعض التدابير الوقتية أو التحفظية، سواء أكان ذلك قبل انعقاد هيئة التحكيم أم أثناء سير الخصومة التحكيمية (الطراونة، مصلح، 2011).

وبذلك عالجت المادة (9) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 موضوع اتخاذ التدابير المؤقتة من جانب المحكمة المختصة، حيث جاء فيها: "لا يعتبر مناقضاً لاتفاق تحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثنائها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائياً مؤقتاً وأن تتخذ المحكمة إجراءً بناءً على هذا الطلب".

كما نصت المادة (13) من قانون التحكيم الأردني على أنه: "لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف الطلب من قاضي الأمور المستعجلة، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ويجوز الرجوع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها" وتقابلها بذلك المادة (14) من قانون التحكيم المصري بذات المعنى.

وتقرر هذه النصوص صراحة، بما لا يدع مجالاً للشك حق المحتكمين في الالتجاء إلى قاضي الأمور المستعجلة، بطلب اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية، يستوي في ذلك أن يكون الأمر باتخاذ هذه الإجراءات قد تم قبل البدء في إجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم أو أثناء سير تلك الإجراءات (الأحدب، عبد الحميد، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص: 1070).

وثبوت الولاية للقضاء في الأمور المستعجلة، رغم الاتفاق على التحكيم، يفترض بالطبع توافر الشروط العامة التي يتطلبها القانون لاختصاص القضاء

المستعجل؛ أ- **من تحقق ما يوجب الاستعجال**، لذا فإن شرط الاستعجال يستوجب أن يوجد خطر من التأخير أي الخوف من احتمال وقوع الضرر بالحق الموضوعي، إذا لم يتمكن المدعي من الحصول على الحماية الوقتية؛ ب- **كون الإجراء المطلوب اتخاذه وقتياً**، بأن يكون الإجراء الملتمس اتخاذه من القضاء إجراءً وقتياً يراد منه درء خطر محقق الوقوع أو المحافظة على حالة فعلية مشروعة، أو صيانة مركز قانوني قائم، دون التعرض إلى أصل النزاع، أما إذا كان الإجراء المطلوب اتخاذه إجراء ذا طابع نهائي لاتصاله بموضوع النزاع، فإنه لا مفر إزاء ذلك من إصدار القاضي المستعجل حكمه بعدم اختصاصه (**الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 204؛ القضاة، مفلح، المرجع السابق، ص ص: 66 ـ 68**).

وبذلك فإن مرجع الحماية المستعجلة أن الحق أو المركز القانوني قد يتعرض إلى خطر داهم يهدده أو ضرر محدق يصيبه، مما يتطلب معه اتخاذ إجراء عاجل لحمايته إلى حين الفصل في النزاع، ومثل هذا الإجراء يكون مؤقتاً لمجرد منع الخطر أو توقي الضرر الذي يُتعرض له الحق، كما يكون خارجاً عن النزاع عليه، فلا يؤثر على نتيجة الفصل فيه (**الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 198 ــ 199**) وقد أورد قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في المادة (32) منه، المسائل المستعجلة التي تدخل ضمن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، ومنها النظر في طلبات تعيين وكيل أو قيم على مال أو الحجز التحفظي أو الحراسة أو منع السفر أو الكشف المستعجل لإثبات الحالة أو سماع الشاهد الذي يخشى فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع النزاع، وأية مسألة مستعجلة أخرى يخشى عليها من فوات الوقت ويترك أمر تقديرها لسلطة القاضي (**البديرات، محمد، المرجع السابق**).

لكن هل يعتبر طلب أحد أطراف التحكيم من القضاء المستعجل اتخاذ قرار مستعجل أو وقتي تنازلاً عن اتفاق التحكيم؟ وهل القول باختصاص القضاء المستعجل بنظر المسائل الوقتية والتحفظية، بالرغم من وجود اتفاق التحكيم، يفسر بأنه يعد بمثابة إهدار للأثر السالب الذي يرتبه اتفاق التحكيم، أم أنه بمثابة استثناء على هذا الأثر تسوغه اعتبارات فعالية نظام التحكيم؟

استقر الرأي على أن لجوء الشخص إلى القضاء المستعجل لا يعد نزولاً منه عن اتفاق التحكيم، سواء أكان الطالب قد لجأ بالفعل قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، لأنه لا يمس الحق الذي يبقى قائماً لتنظر فيه هيئة التحكيم، ولأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود اتفاق التحكيم ينصب فقط على القضاء الموضوعي، دون القضاء المستعجل؛ كما لا يصح النظر إلى هذا الاختصاص بكونه استثناء على الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، لأن انعقاد الاختصاص بالفصل في موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم لا يفيد تنازل الأطراف عن الالتجاء إلى القضاء بشأن المسائل المستعجلة، إذ يتعين النظر إلى اختصاص القضاء في هذا الصدد على أنه محض إعمال للقواعد العامة التي تمنح القضاء سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالتدابير الوقتية والتحفظية إذا تحقق فيها عنصر الاستعجال وشرط عدم المساس بأصل الحق (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص: 212؛ سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 283؛ الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 203؛ الطراونة، مصلح، المرجع السابق؛ البديرات، محمد، المرجع السابق).

في المقابل أتى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 وقانون التحكيم الأردني، بحكم مؤداه اختصاص هيئة التحكيم في أن تأمر أياً من الأطراف سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الطرف الآخر باتخاذ ما تراه

ضرورياً من تدابير مؤقتة أو تحفظية، حيث نصت المادة (17) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أيّاً من الطرفين، بناءً على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة إلى موضوع النزاع ما لم يتفق على خلاف ذلك..." وبالمعنى نفسه نصت المادة (23/أ) من قانون التحكيم الأردني على أنه "مع مراعاة أحكام المادة (13) من هذا القانون، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم، سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أي من طرفي التحكيم، أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع...".

ومؤدى ذلك جواز النص في اتفاق التحكيم على تخويل هيئة التحكيم سلطة النظر في المنازعات المستعجلة التي يثيرها أحد الطرفين أثناء النظر في النزاع، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير وقتية أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 199 ـ 200).

ولكن إذا كانت هيئة التحكيم تملك إصدار الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، فهل تملك سلطة الإجبار؟ إذ من المتصور أن يرفض من صدر إليه القرار الامتثال له، فما هو العمل؟

المحكم كشخص عادي لا يتمتع بسلطة الإجبار التي أسبغها المشرع على القاضي لتمكينه من أداء وظيفته في منح الحماية القضائية، ولذلك يمكن القول إن المحكم وإن كان يملك إصدار القرار المستعجل من تلقاء نفسه، فإنه لا يملك سلطة الإجبار على تنفيذه، وفي ضوء ذلك، لا مناص سوى اللجوء إلى القضاء باعتباره السلطة التي تمتلك عنصر الإجبار (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص ص: 284 ـ 286؛ البطاينة، عامر، المرجع السابق)، وهذا ما نصت عليه الفقرة (ب)

من المادة (23) من قانون التحكيم الأردني والتي جاء فيها "وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمرها في التنفيذ".

ويتبين من الفقرة (ب) من هذه المادة أنها تعطي للمحكم عند عدم خضوع الطرف الذي صدر ضده قرار الإجراء المستعجل، اللجوء إلى القاضي وطلب معاونته في اتخاذ القرار الخاص بالتنفيذ الجبري لتلك الإجراءات، وهذا الحكم ينسجم تماماً مع الواقع، ذلك أن المحكم لا يملك سلطة الإجبار، وإنما تلك السلطة تكون بيد القاضي.

من هنا يتجلى دور القضاء في مساعدة ومؤازرة التحكيم من خلال صلاحياته بإصدار أمر بتنفيذ القرار المستعجل الصادر عن هيئة التحكيم، ذلك أن إصدار الأمر بالتنفيذ هو مساعدة لهيئة التحكيم في تنفيذ قرارها جبراً عن الطرف الممتنع.

البند الخامس: دور القاضي الوطني في تشكيل هيئة التحكيم

إن ضمان فاعلية التحكيم تستوجب عدم ترك اتفاق الأطراف على ولوج طريق التحكيم عرضة إلى الانهيار عند أول فرصة تعصف به، بفعل هوىً في نفس أحد الخصمين أوحى له بعدم تلبية التحكيم لمصالحه أو لعارض شابَ تشكيل هيئة التحكيم، فالإبقاء على اتفاق التحكيم فاعلاً، يقتضي سد كل ثغره قد يتذرع بها أحد الخصمين للتملص من التزامه بالتحكيم، ولعل أهم هذه الثغرات ما يخص تشكيل هيئة التحكيم (البديرات، محمد، المرجع السابق).

فقد يصادف الأطراف صعوبة في تشكيل هيئة التحكيم التي ينعقد لها الاختصاص بنظر النزاع، سواء تعلق الأمر بتعيين هذه الهيئة أم تعيين بديل عن المحكم الذي رفض التحكيم، أو اعتزله أو الذي تم رده، أو الذي حالت ظروفه

دون مباشرة مهمته أو الاستمرار بها لأي سبب مثل الوفاة، فيضطر أحد الأطراف أن يلجأ إلى القضاء المختص لحل هذه المسألة لضمان استمرارية التحكيم (مخلوف، أحمد، المرجع السابق، ص: 162).

وفي هذه الحالة، فإن تدخل القاضي الوطني لا يعتبر اختصاصاً منه بنظر النزاع، حيث يقتصر دوره على مساعدة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم التي أخفقوا فيها بمفردهم، فالمحاكم الوطنية لا تنظر هنا بالنزاع بل تساعد هيئة التحكيم السير في إجراءاتها والنهوض للنظر في النزاع (الأحدب، عبد المجيد، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص: 258).

فمن الأمور التي يبرز فيها دور القاضي في التحكيم، دوره في تعيين المحكمين، فإذا كان الأصل أن يقوم الأطراف باختيار المحكمين، فقد تحدث المماطلة من أحد الطرفين باختياره للمحكم، وهنا يظهر بوضوح دور القاضي الوطني في تقديم يد العون والمساعدة إلى التحكيم، فالأصل أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في تشكيل هيئة التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه (البطاينة، عامر، المرجع السابق).

فعندما لا يتفق أحد الأطراف على تعيين المحكم الذي اقترحه الطرف الآخر في حالة المحكم الوحيد، أو إذا امتنع أحد الأطراف عن تعيين المحكم في حالة الاتفاق على أن يكون عدد المحكمين ثلاثة، إذ يعين كل واحد من الأطراف محكماً أما الثالث فيتم تعيينه من قبل المحكمين المعينين من قبل الأطراف، أو عند عدم تمكن المحكمين الاثنين من تعيين المحكم الثالث؛ ففي هذه الحالات إذا لم تكن الأطراف قد حددت في اتفاق التحكيم شخصاً أو جهة كسلطة تعيين تقوم بتعيين المحكم عند عدم اتفاقهما، عندئذ يكون لأحد أطراف النزاع الطلب من المحكمة تعيين المحكم (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص ص: 276 ـ 277).

وبالفعل فقد أناطت المادة (11) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بالمحتكمين تشكيل هيئة التحكيم وأجازت لهم الاتفاق على تشكيلها من محكم واحد أو أكثر، فإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، أما إذا لم يتفقوا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وقد عرضت المادة (11) المنوه عنها لولاية المحكمة في تعيين المحكمين عند عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم، وعند مخالفة أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين المتفق عليها، أو عدم اتفاقهما على كيفية القيام بتلك الإجراءات؛ ونستعرض الحالات التي تنعقد فيها الولاية للمحكمة في تعيين المحكم وهي المنصوص عليها أيضاً في المادتين (14 و 16) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (17) من قانون التحكيم المصري، وذلك على النحو التالي: (**خليل، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 57 – 59؛ الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 186 – 187؛ عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 166 – 169**).

1- إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم فرد، ولم يستطع الطرفان الاتفاق على اختياره، وجب أن تقوم بتعيينه المحكمة المختصة بناءً على طلب أحد الطرفين.

2- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، يعين كل من الطرفين محكماً، ويقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث؛ وإذا لم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال المدة المعينة التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على المحكم الثالث خلال المدة المعنية من تاريخ تعيينهما، وجب أن تقوم بتعيينه بناءً على طلب أحد الطرفين من المحكمة المختصة.

3- إذا لم يتصرف أحد الطرفين وفقاً لما تقتضيه إجراءات التعيين المتفق عليها، أو أنهما لم يتفقا على كيفية القيام بتلك الإجراءات، أو إذا تخلف الغير ممن عهد إليه بتعيين المحكم، فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة المختصة القيام بالإجراء اللازم.

وإذا ما توفى المحكم المعيّن من قبل المحتكمين أو فقد أهليته أو عجز عن القيام بعمله أو عدل المحكم عن قبول التحكيم أو انتهت مهمته بإصدار حكم برده أو عزله أو تنحيته أو انتهت مهمته لأي سبب آخر من الأسباب، فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة المختصة أن تعين بديلاً له طبقاً للإجراءات المتبعة في اختياره (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 282).

وهذا ما نصت عليه المادة (20) من قانون التحكيم الأردني والتي جاء فيها "إذا انتهت مهمة المحكم بإصدار حكم برده أو عزله أو تنحيته أو وفاته أو عجزه أو لأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته".

وعلى ذلك فإن انتهاء مهمة المحكم لأي من الأسباب آنفة الذكر لا يؤدي إلى انهيار اتفاق التحكيم، وكل ما في الأمر أنه يصار إلى تعيين محكم بديل له طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختياره، ويتوجب على المحكمة التي انعقد لها الاختصاص في تعيين المحكم أن تراعي في المحكم الذي تختاره المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم وفقاً لاتفاق الطرفين أو القانون والاعتبارات الأخرى التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحايد (البديرات، محمد، المرجع السابق).

وهذا ما نصت عليه المادة (15) من قانون التحكيم الأردني، والتي جاء فيها " أ. لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد إليه اعتباره.... ج. يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابةً ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله".

ويلاحظ أن الحيدة تعني عدم الميل القلبي أو النفسي في الأساس، بينما الاستقلال هو عدم التبعية المادية بصفة أصلية، ويجمع بين التعبيرين عدم التحيز إلى أحد طرفي التحكيم، مما يقتضي رد المحكم، فإذا قامت شكوك حول

حيدة المحكم أو استقلاله، فإن المشرع منح للخصوم مِكنَة رده خوفاً من تحيزه إلى أحد الأطراف في الحكم، حيث تتجلى ولاية القضاء مرة أخرى على خصومة التحكيم، فهي الجهة التي خصها المشرع للفصل في طلب رد المحكم الذي قامت به ظروف تثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله، حيث يصدر القاضي الوطني حكمه برد المحكم (البديرات، محمد، المرجع السابق؛ حداد، حمزة، 2007، ص ص: 221 – 223).

ومن المحتم أن يدخل القضاء لتنصيب المحكم أو استكمال هيئة التحكيم يفترض سبق اتفاق طرفي النزاع على مبدأ التحكيم، وتحديدهما للنزاع المطروح عليه، وهذا ما يفترض بدوره قيام النزاع بينهما بالفعل، ومن ثم فلا مجال للقضاء التدخل إذا لم يكن هنالك اتفاق على التحكيم من الأصل (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص ص: 187 – 188).

وأخيراً فإننا نطمح أن يبقى هدف القاضي الوطني هو تحقيق الفعالية القصوى لنظام التحكيم الإلكتروني من خلال الدور الإستراتيجي والخلاق في دعوى التحكيم - دون التفريق بين الخصومة التحكيمية التقليدية والخصومة التحكيمية الإلكترونية - سواء في تشكيل هيئة التحكيم أم فيما يتخذه من تدابير وقتية وإجراءات تحفظية وأيضاً في الحصول على الأدلة أو حسم مسألة قانونية أو أولية معينة أو غيرها من أوجه المساعدة والمؤازرة من جهة؛ ومن جهة أخرى، فإن القضاء يؤدي دوراً رقابياً إزاء حكم التحكيم، سواء بالرقابة عند الطعن في حكم التحكيم، أم بالرقابة عند طلب تنفيذ حكم التحكيم وهو ما سوف نبحثه في الصفحات اللاحقة.

الفصل الرابع

دور القاضي الوطني في الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية

4

المحور الأول: دور القاضي الوطني في تقدير حجية حكم التحكيم الإلكتروني

المحور الثاني: دور القاضي الوطني في إبطال حكم التحكيم الإلكتروني

المحور الثالث: دور القاضي الوطني في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني

الفصل الرابع

دور القاضي الوطني في الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية

لا شك أن الاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية وتنفيذها لن يكون بالأمر اليسير، ذلك أن التعامل التجاري قام منذ نشأته الأولى على أساس مادي ملموس، بدءاً بالإعلان ثم إبرام العقد بتبادل إرادتين متطابقتين وصولاً إلى تنفيذه بالتسليم المادي لمحل العقد والوفاء النقدي للثمن، فقد وضعت القواعد القانونية واستقرت لتحكم تعاملاً تجاريًاً ماديًاً، تستوي في ذلك تلك القواعد التي تحكم التعامل التجاري بذاته إبراماً وتنفيذاً، أو تلك المتعلقة بالنزاع الذي يثار بشأنه وكيفية فضه، فالقوانين التي تنظم التحكيم كأسلوب بديل لفض المنازعات تشترط شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم وشروطاً معينة لتنفيذ حكم التحكيم (النعيمي، الاء، المرجع السابق).

وقد يكون من المتعذر استيفاء التحكيم الإلكتروني لكل ما تتطلبه تلك القواعد من شكليات وشروط، كونها وضعت أصلاً لتنظم تحكيماً تقليدياً يتم بوسائل وإجراءات مادية، فالعقبة الأساسية أمام التسوية الإلكترونية للمنازعات وما يصدر عنها من قرارات، هي إذن تعويل النظم القانونية القائمة على الوسائل التقليدية عند حسم النزاع، كاستخدام المستندات الورقية أو الحضور الشخصي للمتنازعين أو وكلائهم وشهودهم أمام هيئة التحكيم على نحو يسمح باتخاذ إجراءات التسوية في المواجهة المادية أو بالحضور الشخصي (موسى، محمد، المرجع السابق).

ومن ثم يتبادر إلى الذهن صعوبة إقرار صحة الإجراءات التي تتم عبر شبكة الاتصال الإلكترونية وما تولد عنها من قرارات، في ضوء أن التحكيم

الإلكتروني لن يكون مجدياً، فعدم استيفائه الشروط والشكلية القانونية اللازمة يؤدي إلى عدم إمكانية تنفيذ حكم المحكم، لذا يعتبر حكم التحكيم الإلكتروني من إبراز المسائل التي تضع مشروعية التحكيم الإلكتروني على المحك، على اعتبار أنه يمثل ثمرة اتفاق الخصوم وثمرة إجراءات الخصومة التحكيمية الإلكترونية.

ولتلافي الفرض المتقدم يتعين أن يؤدي القضاء الوطني دوراً خلاقاً إزاء حكم التحكيم، ويتجلى ذلك بشكل واضح من خلال الرقابة القضائية عند الطعن بحكم التحكيم الإلكتروني أو عند طلب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، لذا سوف نعرض في هذه الدراسة بشيء من التفصيل لبعض صور تدخل القضاء في التحكيم وذلك على النحو التالي:

المحور الأول: دور القاضي الوطني في تقدير حجية حكم التحكيم الإلكتروني.

المحور الثاني: دور القضاء الوطني في إبطال حكم التحكيم الإلكتروني.

المحور الثالث: دور القاضي الوطني في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني.

المحور الأول: دور القاضي الوطني في تقدير حجية حكم التحكيم الإلكتروني

يثير حكم التحكيم الإلكتروني تساؤلات عديدة لا على صعيد الشكل فحسب، بل أيضاً عن الآلية التي يتم بها صدور حكم التحكيم في ظل البيئة الإلكترونية فهل يعتبر حكم التحكيم صحيحاً إذا صدر في شكل إلكتروني؟ وإزاء عدم تنظيم معظم القوانين لأحكام التحكيم الإلكترونية، ما هي القيمة الفعلية في اللجوء إليه إذاً؟ وإذا كان تنفيذ الحكم الصادر عن التحكيم

التقليدي يخضع إلى بعض المقتضيات الخاصة بشكل الحكم، فهل إن حكم التحكيم الصادر في الشكل الإلكتروني يجب أن يستوفي في مرحلة إعداده مثل تلك المقتضيات حتى يعترف له ببعض الآثار في مرحلة تنفيذه؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها لابد من التعرف على كيفية صدور حكم التحكيم الإلكتروني، ثم التعرف على آثار حكم التحكيم الإلكتروني وموقف القضاء الوطني من ذلك.

البند الأول: كيفية صدور حكم التحكيم الالكتروني

من المعلوم أنه بعد انتهاء هيئة التحكيم من سماع الادعاء والدفاع وفحص وسائل الإثبات المقدمة من الأطراف والانتهاء من تقديم الأطراف مرافعاتهم الختامية، تقوم الهيئة بقفل باب المرافعات، وتبدأ في إصدار الحكم الذي توصلت إليه بعد التشاور، والتداول مع أعضائها (القصاص، عيد، 2007، ص: 90).

من خلال ذلك سنتناول هذا الموضوع من خلال بحث مدى إمكانية إجراء المداولة بالشكل الإلكتروني، ثم مدى إمكانية إصدار حكم التحكيم بالشكل الإلكتروني.

أولاً: المداولة الإلكترونية

يقصد بالمداولة في المجال القضائي "تبادل الرأي بين قضاة المحكمة فيما يمكن أن يكون عليه الحكم في الدعوى المعروضة عليهم" (عبد الفتاح، عزمي، 1990، ص: 295)، وحيث إن الهدف من المداولة هو معرفة آراء القضاة الذين تتشكل منهم دائرة الحكم في الدعوى، فإن القاعدة أنه لا يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 97) وفي مجال التحكيم فلا مراء في أن المداولة تبادل للرأي بين أعضاء هيئة التحكيم توصلاً إلى إصدار الحكم، فتعد بذلك مدخلاً ضرورياً

لتكوين حكم التحكيم حينما تصبح الخصومة مهيأة للحكم فيها بتمام تحقيقها وانتهاء المرافعة فيها وإبداء الخصوم طلباتهم النهائية (الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص: 438؛ صاوي، أحمد، 1981، ص: 539).

وتكون المداولة بين جميع المحكمين الذين اشتركوا في الإجراءات بشأن الحكم الذي يتعين إصداره، حيث يتم التصويت على الحكم فإذا لم تتفق هيئة التحكيم على رأي واحد بشأنه، فإنه يكفي لصدور الحكم أغلبية الأصوات، كما تكون المداولة سرية ولا يجوز إشراك أشخاص آخرين مع المحكمين كالخبراء أو المستشارين، وإلا أصبح ذلك سبباً في الطعن في قرار التحكيم أمام القضاء بدعوى البطلان، ذلك أن المداولة مسألة تتعلق بالمبادئ الأساسية للتقاضي التي يجب على المحكمين مراعاتها، فهي قاعدة من النظام العام لأن من شأنها احترام حقوق الدفاع (شحاته، محمد نور، 1993، ص ص: 77 ـ 84).

وبهذا الصدد يثور تساؤل حول إمكانية إجراء المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم بالشكل الإلكتروني؟

في الحقيقة أنه فيما يتعلق بالمداولة التي يجب أن تسبق حكم التحكيم التقليدي، لم تشأ غالبية القوانين الوطنية أن تقيد الخصوم أو هيئة التحكيم ببعض قواعد المداولة القضائية ـ التي تقضي بأنه لا يجوز إجراء المداولة في غيبة القضاة المشتركين في الحكم ـ وإنما ترك لهم حرية إجراء المداولة بالطريقة التي يرونها أكثر يسراً أو بالطريقة التي يرونها أكثر اتفاقاً مع طبيعة الدعوى وظروف المحكمين، وبناء على ذلك، فإنه إذا لم يحدد الخصوم لهيئة التحكيم طريقة معينة لإجراء المداولة، فإن المداولة تكون صحيحة متى تمت بأية طريقة، سواء تمت أثناء اجتماعهم لهذا الغرض أو تمت عن طريق إرسال كل من المحكمين رأيه مكتوباً ـ بأن تتم عن طريق تبادل مذكرات مكتوبة بأية طريقة

من طرق المراسلات ـ أو تمت عن طريق تبادل الرأي المسموع بأية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص: 99 – 100، سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 303).

وبذلك متى حققت المداولة الغرض منها، فإنه لا محل للتوقف عند طريقة إجرائها أو اشتراط التقاء المحكمين في مكان واحد، فلا يوجد ما يمنع من قيام المحكمين بإجراء المداولة باستخدام الوسائط الإلكترونية كالبريد الإلكتروني أو المداولة المرئية (Video Conferences) ما دام أحيط استخدامها بالاحتياطات المناسبة التي تلبي مقتضيات احترام حقوق الدفاع، وفي هذا السياق أيدت المحكمة الفيدرالية السويسرية في قرارها الصادر بتاريخ 1985/10/23 هذا التوجه، بأنه لا يلزم أن يلتقي المحكمون في مكان واحد للمداولة، وعليه يمكن إتمام المداولة عن طريق الإنترنت حيث يوجد كل محكم في مكان خلاف الآخر (الاحدب، عبد الحميد، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص: 467؛ الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص ص: 439 ـ 440؛ عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص: 367).

ثانياً: إصدار حكم التحكيم الإلكتروني

إن حكم التحكيم هو غاية المتنازعين حيث إن به يتم الفصل في النزاع المعروض على التحكيم، فهو النهاية الطبيعية للنزاع فيما بين الخصوم، وبفضله يحصل كل ذي حق على حقه (مقابلة، نبيل، 2006، ص:9) وحتى يتسنى لنا معرفة القواعد الخاصة بحكم التحكيم الإلكتروني لابد من معالجة النقاط التالية:

1- تعريف حكم التحكيم الإلكتروني:

لم يضع المشرع الأردني تعريفاً أو تحديداً للمقصود بحكم التحكيم، وليس هذا هو الحال أيضاً في التشريع المصري فحسب، وإنما هذه هي السمة

الغالبة في معظم التشريعات، كما لم تتضمن الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم بياناً للمقصود بحكم التحكيم، أما على المستوى الفقهي فقد عرف بعض الفقهاء حكم التحكيم بأنه "القرار الصادر عن هيئة التحكيم في الخصومة المنعقدة أمامها، سواء أكان صادراً في موضوع هذه الخصومة كله أم في جزء منه أم في مسألة من المسائل الإجرائية" (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 70) وعرفه البعض الآخر بأنه "جميع القرارات الصادرة عن المحكمة والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم سواء أكانت أحكاماً كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أم أحكاماً جزئية تفصل في شق منها، سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة" (الحداد، حفيظة، 2007، ص: 300).

ومن المؤكد عدم خروج تعريف حكم التحكيم الإلكتروني عن ذلك، سوى أنه يتم عبر الوسائط الإلكترونية وشبكات الاتصال الحديثة، ولذلك فهو يعني "كافة القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم عبر شبكات الاتصال كالإنترنت، سواء أكانت قرارات نهائية أم قرارات مؤقتة تمهيدية أو جزئية، دون حاجة إلى التواجد المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد" (الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص: 442) ويقصد بحكم التحكيم الإلكتروني من وجهة **نظر الباحث أنه:** قرارات المحكم التي تفصل بطريقة نهائية، أو جزئية في مسألة متنازع عليها تتعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بالإجراءات وتصدر باستخدام الوسائط الإلكترونية، وتؤدي إلى إنهاء الدعوى.

2- جنسية حكم التحكيم الإلكتروني:

من الأهمية البالغة تحديد جنسية التحكيم، ذلك أن تحديد جنسية حكم

التحكيم وما إذا كان وطنياً أم أجنبياً، يرتب آثاراً مهمة في مجال التحكيم كتلك الخاصة بالاعتراف بالحكم أو شروط وإجراءات التنفيذ أو طرق الطعن به وسلطة القاضي الوطني تجاه الحكم وغير ذلك (شحاته، محمد نور، المرجع السابق، ص ص: 111 ـ 112؛ مقابلة، نبيل، 2006، ص: 28).

وهنا يثور التساؤل عن المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد جنسية حكم التحكيم؟ وهل تصلح المعايير المطبقة على أحكام التحكيم التقليدية للتطبيق على أحكام التحكيم الإلكترونية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، سنتعرض لأبرز المعايير التي قيلت بهذا الخصوص في مجال التحكيم العادي لكي نرى مدى إمكانية تطبيقها على التحكيم الإلكتروني:

المعيار الأول: المعيار الجغرافي

يأخذ هذا المعيار بجنسية المكان الذي صدر فيه، وفي حالة تعدد الأماكن التي يعقد فيها التحكيم فتكون العبرة بالمكان الذي انعقدت فيه هيئة التحكيم بصفة رئيسة، وعلى وجه الخصوص المكان الذي صدر فيه الحكم، ولكن السؤال يثور حول إمكانية الاستعانة بالمعيار السابق لتحديد جنسية حكم التحكيم الإلكتروني؟ يذهب الفقه إلى أنه من غير الممكن لحكم التحكيم الإلكتروني تحقيق ذلك، إذ إن المعيار الجغرافي يقوم على أساس ربط جنسية الحكم بعامل المكان الذي صدر فيه، فيغدو هذا المعيار غير فعال في مثل هذه الحالة، ذلك أن فكرة تحديد المكان لا تبدو قابلة للتطبيق في العالم الافتراضي، ذلك العالم الذي تلاشت فيه الحدود والمساحات (بدوي، بلال، 2006، ص: 137؛ الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص ص: 443- 444).

المعيار الثاني: المعيار الإجرائي

يقوم هذا المعيار على الربط بين جنسية حكم التحكيم والدولة التي طبق قانونها الإجرائي عليه، بحيث يتمتع حكم التحكيم بجنسية تلك الدولة، وبناء على ذلك يكون حكم التحكيم وطنياً طالما طبق القانون الوطني على إجراءاته، بينما يعد أجنبياً وإن صدر داخل الدولة طالما طبق قانون أجنبي على إجراءاته؛ وعليه فإن الأمر لا يخرج عن أحد الفرضين، **الفرض الأول:** أن يكون القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم غير منتمٍ إلى دولة معينة، وهنا لا مناص من إسباغ جنسية دولة مقر التحكيم على حكم التحكيم الإلكتروني، وتتحدد دولة مقر التحكيم بالمكان الذي يتواجد فيه المحكمون فعلاً؛ **أما الفرض الثاني:** أن يكون القانون الذي اختارته هيئة التحكيم هو قانون دولة بعينها فحينئذ يأخذ الحكم جنسية هذه الدولة (الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص ص : **444 ـ 445**).

وتبدو إمكانية تطبيق هذا المعيار أكبر من المعيار الجغرافي وذلك في ضوء صعوبة تطبيق المعيار الجغرافي على حكم التحكيم الإلكتروني (الشريفي، رضوان، المرجع السابق)، **ويرى الباحث** أنه لا توجد أهمية تذكر لمكان أو جنسية الحكم التحكيمي الإلكتروني، حيث يفترض بالحكم أنه صدر داخل أراضي الدولة، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، وبالتالي يخضع مثل هذا الحكم إلى المصادقة عليه وتنفيذه أو الطعن فيه باعتباره صدر ضمن أراضي الدولة، فإذا ادعى المحكوم عليه أنه حكم أجنبي ومن ثم لا يخضع إلى أحكام القانون الوطني وجب عليه أن يثبت ذلك (حداد، حمزة، **2007**، ص: **363**؛ القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص:**161 ـ 162**).

ثالثا: حكم التحكيم الإلكتروني

يجب في هذا الصدد أن نعرض للقواعد العامة المتعلقة بحكم التحكيم التقليدي لبيان مدى مشابهة هذا الحكم للحكم الصادر بالشكل الإلكتروني:

1- القواعد التي تحكم حكم التحكيم التقليدي:

حكم التحكيم هو عمل مكتوب والكتابة شرط ضروري لقيام الحكم ذاته بوصفه عملاً قضائياً يمارس المحكمون في شأنه كل سلطة قضائية، فهو يعتبر حكماً في النزاع تتوافر فيه كل عناصر العمل القضائي (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص: 362).

حيث استوجب أن يوقع المحكمون الحكم، والأصل أن يوقع على الحكم جميع المحكمين والهدف من ذلك بيان أن الحكم كان نتيجة عمل المحكمين جميعاً، فإذا كانت هيئة التحكيم تتشكل من محكم واحد، يكفي أن يوقع هو على الحكم، أما إذا كانت هيئة التحكيم تتشكل من أكثر من محكم، يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين شريطة أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية وإلا كان الحكم باطلاً (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص: 136 ـ 137).

وقد جاء ذلك في القواعد التحكيمية الدولية، فقد نصت المادة (1/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه "يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون، وفي إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد يكفي أن توقعه أغلبية أعضاء هيئة التحكيم، شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع" وهو عين ما نصت عليه المادة (41) من قانون التحكيم الأردني والمادة (43) من قانون التحكيم المصري، فالكتابة والتوقيع لا بد منهما بالنسبة لجميع القواعد التحكيمية الدولية والوطنية، وإن لم تنص صراحة على

ذلك، لأن تلك القواعد التحكيمية تنص على ما يجب أن يتضمنه قرار الحكم من مشتملات، وهذا يعني أن القرار يجب أن يصدر كتابة وموقعاً من المحكمين أو أغلبهم (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 304؛ التحيوى، محمود، المرجع السابق، ص ص: 242 ـ 243).

من هنا تنص المادة (41/ب) من قانون التحكيم الأردني والمادة (3/43) من قانون التحكيم المصري على أن حكم التحكيم يجب أن يشتمل على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وموجز عن اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً، وهكذا، أسهب المشرعون بذكر البيانات التي يتعين أن يشتمل عليها حكم التحكيم، وفيما يلي نبذة موجزة عن هذه البينات كل على حدة:

أ- **البيانات الشخصية للخصوم:** وتتمثل في بيان أسماء الخصوم وموطنهم أو محال إقامتهم، على أن الحكم يبقى صحيحاً متى احتوى فقط على أسماء الخصوم، لأن باقي بياناتهم يمكن معرفتها من اتفاق التحكيم (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 132).

ب- **البيانات الشخصية للمحكمين:** من الضروري ذكر أسماء المحكمين في القرار التحكيمي، بذكر أسمائهم وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم، وهذا البيان ضروري للتأكد من صحة تشكيل الهيئة التي أصدرت الحكم، ويترتب على إغفاله اعتبار الحكم معيباً، فيشكل ذلك سبباً صحيحاً للطعن به، إذ من غير المقبول صدور حكم التحكيم دون ذكر أسماء المحكمين، فهذا البيان يعتبر بذلك بياناً جوهرياً (حداد، حمزة، 2007، ص: 351).

ج- صورة من اتفاق التحكيم: لا بد من الإشارة إلى اتفاق التحكيم في القرار سواء أكان الاتفاق قد ورد في صيغة شرط ضمن العقد الذي تم بين الطرفين أم بصيغة اتفاق لاحق، ومن غير وجود الاتفاق على التحكيم لا يكون لهذا التحكيم وجود، فضلاً عن أنه يرجع إليه في أمور كثيرة مما لأطراف التحكيم الاتفاق عليه، كالإجراءات التي يجب اتباعها والقانون الموضوعي واجب التطبيق على النزاع كما يحقق هذا البيان الغرض بتحديد طبيعة المهمة المعهود بها إلى المحكم، وبالتالي يسهل على القضاء الرقابة حول مدى تجاوز المحكم لحدود المهمة المعهود بها إليه (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 132؛ شحاته، محمد، المرجع السابق، ص:109).

د- ملخص للعناصر الموضوعية للدعوى: فيذكر الوقائع الرئيسة التي دار حولها الخلاف والادعاءات الرئيسة للخصوم وأهم ما قدموه تأييداً لذلك من عناصر واقعية، بذكر ملخصٍ عن سبب النزاع وطلبات المدعي والأسباب التي دفع بها المدعى عليه لرد الطلب أو عدم موافقته على طلبات الخصوم الأمر الذي أدى إلى عرض النزاع على التحكيم، والغرض من هذا البيان التحقق من أن موضوع النزاع يجب أن يكون من المواضيع التي يمكن حسمها بالتحكيم (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص ص: 319 ـ 320).

هـ- منطوق الحكم: وهو القضاء التي تصدره هيئة التحكيم بالمسائل المتنازع عليها بين الخصوم أو الحل الذي تقضي به هذه الهيئة فيما عرض عليها من الخصوم، ولهذا فإن وجود منطوق الحكم أمر لابد

منه ولا يتصور وجود حكم دونه (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص:124؛ شحاته، محمد، المرجع السابق، ص ص: 94 ـ 95).

و- تاريخ ومكان إصدار الحكم: هذا البيان ضروري في شقيه، فلا تخفى أهمية تاريخ الحكم، فعلى ضوئه يتضح ما إذا كان الحكم صدر خلال الميعاد المحدد لصدوره من عدمه، إذ يترتب على عدم صدوره في الميعاد انعدام الحكم لكونه صدر بعد انتهاء ولاية هيئة التحكيم، والتاريخ الذي يثبته المحكم لحكمه يعتبر حجة على الخصم ولا يستطيع جحده (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص ص: 331 ـ 333).

كما لا تخفى أهمية تحديد مكان صدور الحكم في معرفة إذا كان الحكم سيعامل باعتباره حكماً وطنياً أم أجنبياً وتحديد القانون واجب التطبيق عند عدم اتفاق الأطراف (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص ص: 332 ـ 333).

ز- أسباب الحكم إذا كان ذكرها واجباً: يجب أن يكون الحكم مسبباً وذلك ببيان الحجج والأدلة الواقعية والقانونية التي اعتمد المحكم عليها في إصدار حكمه، وهذا الالتزام يعد ضمانة للمحتكم من تحكيم المحكمين، كما يؤدي إلى احترام حقوق الدفاع، فالتزام المحكمين في التسبيب ليس معناه أن المحكمين يلتزمون بالتسبيب بذكر جميع أدلة وبراهين الخصوم، ولكن يجب أن يكون عرض أسباب الحكم كافياً لمعرفة كيفية توصل المحكمين إلى النتائج التي وردت في مضمون القرار (شحاته، محمد، المرجع السابق، ص ص: 77 ــ 88؛ القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص: 115 ـ 116).

2- القواعد التي تحكم حكم التحكيم الإلكتروني:

في التحكيم الإلكتروني يصدر حكم التحكيم بذات الطريقة التي تمت فيها إجراءاته أي على نحو إلكتروني، وعليه تتم كتابة حكم التحكيم إلكترونياً والتوقيع عليه إلكترونياً أيضاً كبديلين للكتابة التقليدية والتوقيع اليدوي، وهنا تثار مشكلة الكتابة أيضاً فيما يتعلق بحكم التحكيم، **فهل يجب أن يصدر هذا الحكم كتابة ويكون موقعاً؟**

في الواقع تتطلب العديد من التشريعات الوطنية ضرورة كتابة حكم التحكيم، نذكر منها المادة (41) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (43) من قانون التحكيم المصري على سبيل المثال، إذ يشترط في الحكم:

1. أن يتم تدوينه كتابة، وأن يوقعه أغلبية المحكمين.
2. أن يكون الحكم مسبباً إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك.
3. أن يتضمن أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وموجزاً عن اتفاق التحكيم وملخص طلبات وأقوال الخصوم والمستندات المقدمة ومنطوق الحكم وتاريخه ومكان إصداره وأتعاب ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الأطراف.

ولا شك أن بعض محتويات الحكم التحكيمي التقليدي الواردة في المسلسلين (2 و3) لا تتعارض وطبيعة الحكم التحكيمي الإلكتروني كالبيانات الشخصية للخصوم والمحكمين وموجز عن اتفاق التحكيم وملخص لطلبات وأقوال الخصوم ودفاعهم ومنطوق الحكم وأسبابه، فلا تتعارض هذه المحتويات مع الشكل الإلكتروني لحكم التحكيم (**الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص: 454؛ نصير، معتصم، المرجع السابق**) أما مسألة الكتابة والتوقيع، فتثير التساؤل عن مدى لزوم أن يكون حكم التحكيم مكتوباً وموقعاً، وهل يمكن بذلك أن يعتد بحكم التحكيم الإلكتروني؟

سبق وأن تمت الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم، استلزمت الكتابة سواء أكان ذلك بشكل صريح أم ضمني، فلقد نصت المادة (31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ضرورة أن يصدر حكم التحكيم كتابة، ويمكن أن نستشف هذا الشرط أيضاً بطريقة ضمنية من المادة (4) من اتفاقية نيويورك التي استوجبت للاعتراف بالحكم وتنفيذه تقديم أصل الحكم أو نسخة طبق الأصل عنه، كما نصت على نفس الشروط المادة (41) من القانون الأردني بأن يصدر حكم التحكيم كتابة ويكون موقعاً، **فهل يتوافر هذا الشرط في حكم التحكيم الصادر إلكترونياً؟**

منعاً للتكرار، فقد اتضح لنا من العرض السابق أن معظم النصوص التي استلزمت الكتابة لم تشترط شكلاً خاصاً لصياغتها أو طريقة معينة لتدوينها، فقد تكون بخط اليد أو بالوسائل الإلكترونية، وقد ترد على دعامة ورقية (مادية) أو دعامة إلكترونية، لذا فإن صدور الحكم بالكتابة الإلكترونية يحقق شرط الشكل المطلوب في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، إذ إن شرط الكتابة لا بد من توسعة نطاقه ليشمل كافة أنواع الكتابة، سواء أكانت الكتابة، كتابة تقليدية أم إلكترونية **(حوته، عادل، المرجع السابق، ص:324؛ الجنبيهي، منيروالجنبيهي، محمد، المرجع السابق، ص: 110).**

وبالإضافة إلى شرط الكتابة تشترط غالبية الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المعنية بالتحكيم، ضرورة توقيع حكم التحكيم، ولا شك أن شرط التوقيع على السندات سواء أكانت عادية أم إلكترونية هو شرط بديهي كأحد شروط حجية السند، حيث يعني نسبة ما ورد في المحرر لأطرافه، والدلالة على الموافقة على مضمونه **(الرومي، محمد، 2008، ص ص: 10 ـ 12).**

ويثير توقيع حكم التحكيم الإلكتروني نفس الإشكالية التي تثيرها كتابة حكم التحكيم، لذلك سنبحث في الحلول المقترحة لمواجهة الإشكاليات التي يثيرها توقيع اتفاق التحكيم الإلكتروني، في ظل عدم توافق القواعد القانونية القائمة على اعتماد التوقيع بالشكل الإلكتروني، وصولاً إلى معرفة القوة القانونية للتوقيع الإلكتروني وما إذا كان يمكن أن يحل بشكل كامل محل التوقيع التقليدي؟ للإجابة عن هذه التساؤلات لا بد من معالجة النقاط الآتية:

أ. المقصود بالتوقيع الإلكتروني:

التوقيع بصفة عامة هو علامة أو إشارة خاصة مميزة للشخص الموقع، والذي يضعها على مستند أو وثيقة تعبيراً عن إرادته في الالتزام بمضمون المستند وإقراره لمحتواه، وبواقعة صدوره عنه، فهو إذن وسيلة للتعرف على الموقع وتحديد هويته وشخصيته (حجازي، عبد الفتاح، 2007، ص: 97).

وقد عرَّف البعض التوقيع الإلكتروني بأنه: "عبارة عن بيانات قد تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو صوتي أو أية وسيلة أخرى مستحدثة، يثبت شخصية الموقع ويميزه عن غيره وينسب إليه قراراً أو محرراً بعينه" (جمعة، حازم، المرجع السابق).

وعرَّفه البعض الآخر بأنه "اتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو الشفرات، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونياً" (حجازي، بيومي، 2007، ص: 97).

ويمكن تعريفه أيضاً بأنه "أية علامة أو إشارة إلكترونية يضعها من ينسب إليه المحرر أو القرار وتسمح بتحديد شخصية صاحبه وتمييزه عن غيره من الأشخاص ويحتج عليه به".

أما المشرع الأردني فقد عرَّف التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية رقم (58) لسنة 2001 بقوله "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه بغرض الموافقة على مضمونه"، أما قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 فقد عرَّفه في المادة (2/أ) منه بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات" ويتضح من التعريفات السابقة أن الفقه والتشريع قد أبديا اهتمامهما بضرورة أن يكون التوقيع الإلكتروني يمثل شخص الموقع ويعبر عن رغبته في الالتزام بمضمون ما وقع عليه، وكذلك أن يكون التوقيع موثقاً ومحدداً لشخص الموقع.

ب. *وظائف التوقيع الإلكتروني:*

عند استعراضنا لتعريف التوقيع الإلكتروني في الفقه والتشريع، أشرنا إلى أن التعريفات أوردت وظائف التوقيع الإلكتروني، لذا سوف نأتي على إيجاز وظائف التوقيع الإلكتروني ومقارنتها مع وظائف التوقيع العادي:

الوظيفة الأولى: تحديد شخصية الموقع

الأصل في التوقيع سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً أن يعبر عن شخصية الموقع على السند، إذ إن الغاية من التوقيع هو نسبة ما ورد في المحرر إلى الشخص الموقع، إذ إن القواعد العامة في الإثبات تستلزم لسلامة المحرر الذي يتضمن بدوره بنود العقد أن يذيل بتوقيع محتواه من جانب الطرف الذي ينسب إليه، والتوقيع

الإلكتروني يحقق بدوره الوظائف الأساسية الواجب توافرها في التوقيع العادي من حيث نسبة التوقيع لمن صدر عنه، وفي هذا المقام اتفق الفقه على أن التواقيع الإلكترونية تستطيع تحديد هوية الموقع على السند أو الإقرار الإلكتروني إذا ما أخذت وسائل الأمان المتبعة بعين الاعتبار (الأودن، سمير، المرجع السابق، ص: 175؛ المنزلاوي، صالح، المرجع السابق، ص ص: 402 – 405؛ الجمال، سمير، المرجع السابق، ص ص:228 – 233).

الوظيفة الثانية: التعبير عن إرادة الموقع بمضمون السند

الأصل في التوقيع بشقيه التقليدي والإلكتروني هو أن يكون التوقيع معبراً عن إرادة الموقع بالالتزام والقبول بما ورد في السند، وفي هذا المقام اتفق الفقه على أن التوقيع الإلكتروني كما التوقيع التقليدي يحقق بدوره هذه الوظيفة من حيث إثبات موافقة من صدر عنه لمحتوى السند لأنه بهذا التوقيع ينسب المحرر إلى موقعه (الأودن، سمير، المرجع السابق؛ ص: 175؛ النوافلة، يوسف، المرجع السابق، ص: 82).

ج. شروط حجية التوقيع الإلكتروني:

توالت التشريعات الحديثة والتوجيهات الدولية نحو إضفاء الحجية القانونية على التواقيع الإلكترونية، شريطة مراعاة مقتضيات تحديد هوية الموقع والتدليل على التزامه بمضمون السند المرتبط به والاحتفاظ بتوقيعه والسيطرة عليه بشكل حصري، فقد نص القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 في المادة (3/6) على أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقاً به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة (1) إذا:

أ. كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة، في السياق الذي تستخدم فيه، بالموقع دون أي شخص آخر.

ب. كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

ج. كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني، يجري بعد حدوث التوقيع قابلاً للاكتشاف.

د. كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلاً للاكتشاف".

وسار على نفس المنوال قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة (31) منه، وقانون التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم (15) لسنة 2004 لجمهورية مصر العربية في المادة (18) منه، وقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (2) لسنة 2002 في المادة (20) منه، حيث اشترطت هذه القوانين عدة شروط في التوقيع الإلكتروني حتى يكتسب الحجية القانونية نلخصها بما يلي:

الشرط الأول: أن يكون التوقيع الإلكتروني خاصاً بصاحبه، مميزاً ومعرفاً له

فيجب أن يتصف التوقيع بارتباطه بالشخص الذي وقعه، فمن الضروري أن يكون التوقيع مميزاً دالاً ومحدداً للشخص الموقع، ولا يشترط لذلك استخدام صيغة معينة في التوقيع طالما أمكن تحديد هوية الموقع، وبذلك يستوي في التوقيع أن يكون بالاسم الكامل أو المجتزئ أو حتى باستخدام لقب معين، كذلك يمكن اعتماد أي من أشكال التوقيع الإلكتروني كالتوقيع الرقمي أو البيومتري أو بالقلم الإلكتروني، طالما حققت الغاية بالسعي نحو تحديد شخصية الموقع وتمييزه عمن سواه (أبو الهيجاء، محمد، 2005، ص: 68؛ النوافلة، يوسف، المرجع السابق، ص: 85).

الشرط الثاني: سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني

وذلك بقيام الموقع بنفسه بإنشاء التوقيع الإلكتروني بطريقته الخاصة وتحت سيطرته، ويقصد بذلك سيطرة الموقع على الوسط الإلكتروني المدون عليه

منظومة إحداث التوقيع الإلكتروني حتى يضمن أن يكون صاحب التوقيع منفرداً به سواء عند التوقيع أو عند استعماله بأي شكل من الأشكال، وبالتالي يمنع الغير من استعماله وفك رموزه ومن ثم التوقيع بدلاً عنه (حجازي، عبد الفتاح، 2007، ص: 444).

الشرط الثالث: ارتباط التوقيع بالمحرر ارتباطاً وثيقاً

يتعين أن يرتبط التوقيع بالمحرر بشكل مباشر، بحيث لا يمكن إحداث تغيير بالمحرر الإلكتروني بعد توقيعه إلا إذا تم تغيير التوقيع الإلكتروني نفسه، وبالتالي يشترط في التوقيع الإلكتروني الثبات بأن لا يترك مجالاً للتغيير أو التبديل في محتويات المحرر، سيما وأن التوقيع تترتب عليه آثارٌ قانونية في حق الموقع والغير، حيث يلتزم كلاهما بمضمون ما تم التوقيع عليه، لذلك من شروط صحة ذلك التوقيع وثبوت حجيته أن يكون من الميسور لصاحب التوقيع أن يعلم بأي تعديل أو تغيير، لأن تغيير التوقيع سيؤدي إلى عدم سلامة المحرر فيصبح غير ذي حجة في الإثبات كون الدليل أصبح معيباً بتعرضه إلى التبديل أو التغيير أو العبث (النوافلة، يوسف، المرجع السابق، ص: 87؛ حجازي، عبد الفتاح، 2007، ص ص: 444 ـ 445).

وعليه تتفق جميع التشريعات التي أضفت الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني، على ضرورة توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة حتى يتمتع بالحجية، وتدور هذه الشروط حول كون التوقيع مقصوراً على صاحبه، وخاضعاً لسيطرته المطلقة، وقابلاً للتحقق من صحته، بالإضافة إلى ارتباطه بالبيانات التي يثبتها (أبو الليل، إبراهيم، المرجع السابق، ص ص: 131 ـ 132).

وبهذا الصدد اشترط قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عام 2001، والتوجيه الأوروبي رقم (93) لسنة 1999 لمعادلة

التوقيع الإلكتروني بالتوقيع اليدوي من حيث الإثبات أن يكون هذا التوقيع معززاً، بأن يتم التوقيع باستخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع، وأن تصحبه شهادة مؤهلة صادرة من جهة تصديق مخولة بذلك تفيد بصحة التوقيع.

د. الحلول المقترحة لمواجهة الإشكاليات التي يثيرها توقيع حكم التحكيم الإلكتروني:

ذهب البعض إلى أن أول الحلول على المستوى الوطني، أنه لا بد من التوسع في مفهوم التوقيع والكتابة، ليستوعب بذلك ما أفرزه الوسط الافتراضي (الإلكتروني) من معطيات جديدة (بني شمسة، رجاء، المرجع السابق).

في حين يذهب البعض الآخر بأنه لا مناص من قيام المحكمين بتوقيع أحكام التحكيم الإلكترونية التي يصدرونها يدوياً وذلك كحل يعوض غياب التوقيع العادي للحكم، كما لو أرسلت نسخة مطبوعة من القرار التحكيمي إلى المحكمين من أجل التوقيع عليه (المحمد، عماد الدين، المرجع السابق).

وباعتقادي أن هذه الحلول لا تفي بالغاية المطلوبة لأنها تخرج التحكيم عن إطار الإجراءات الإلكترونية، وبالتالي يجب اتباع الأساليب الحديثة للتوقيع الإلكتروني، وهذا ما تبنته المادة (54) من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (Wipo) والتي نصت على أنه: "إن الحكم يجب أن يغطى بالتوقيع الإلكتروني لعضو أو أعضاء اللجنة"، وبالتالي لا غضاضة من أن يخضع توقيع أعضاء الهيئة التحكيمية الإلكترونية على القرار التحكيمي إلى التوقيع الإلكتروني، خاصة في ظل رجحان كفة القوانين ذات النزعة التحديثية التي لا تفرق في القيمة القانونية بين الكتابة والتوقيع التقليدي من جهة ونظيرها الإلكتروني من جهة أخرى والتي من شأنها أن تفسح المجال أمام إمكانية إصدار أحكام تحكيم بواسطة الشبكات الإلكترونية (حوته، عادل، المرجع السابق، ص: 324؛ الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص ص: 450 ـ 453).

ومن هنا نجد المادة (6) من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 تنص على ما يلي: "حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفياً بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني..." وعلى ذات النهج سارت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 في المادة (3/9) منها، وكذلك قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 في المادة (7) منه، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادتين (7، 10) منه، وقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكتروني رقم (2) لسنة 2002 المادتين (10، 20) منه، وجميعها أقرت صلاحية التوقيع الإلكتروني بالدلالة على شخصية الموقّع واعتبار التوقيع الإلكتروني معادلاً من الناحية الوظيفية للتوقيع الخطي، إذ يعتبر التوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة للتوقيع الخطي، وبذلك لا يجوز إغفال الأثر القانوني للمحرر أو القرار لمجرد أنه أجري باستخدام التواقيع الإلكترونية.

ويرى الباحث أنه طالما توافرت بالتوقيع الإلكتروني المتطلبات التي حددها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عام 2001 في المادة السادسة منه، والتوجيه الأوروبي رقم (93) لسنة 1999 في المادة الثانية منه، والتي تتلخص بأن يكون التوقيع مرتبطاً بالموقّع فقط، وأن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة لسيطرة الموقع، وإمكانية اكتشاف أي تغيير في التوقيع يطرأ عليه أو على المعلومات التي يوثقها، وأن يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها؛ فإنه متى توافرت هذه الشروط يكون للتوقيع المتقدم (التوقيع المعزز أو المحمي) الحجية القانونية الكاملة (أبو الليل، إبراهيم، المرجع السابق، ص ص: 131 ـ 132).

أمـا التوقيـع الإلكترونـي (غـير المعـزز أو البـسيط) الـذي لا تتـوافر فيـه المتطلبات السابقة فيتمتع بالحجية القانونية في حالة عدم إنكاره باعتباره دليلاً للإثبات لمجرد أنه توقيع إلكتروني، وفي حالة إنكاره يقع على عاتق من يتمسك به إقامة الدليل بأنه تم بطريقة تقنية موثوق بها (الجمال، سمير، المرجع السابق، ص: 209).

من هنا، ففي ظل وجود اعتراف قانوني واسع النطاق بصلاحية كل من الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني عند تحرير اتفاق التحكيم بداءة، ولما كان بالإمكان التوفيق والملاءمة بين الكتابة في اتفاق التحكيم التقليدي واتفاق التحكيم الإلكتروني - على النحو المتقدم - فإن بالإمكان تطبيق ذلك على حكم التحكيم الإلكتروني عند إصداره وبالتالي يمكن اعتبار هذا الحكم مساوياً في القيمة القانونية لحكم التحكيم التقليدي، كما أن بمقدور المحكمين استخدام التواقيع الإلكترونية لتوقيع أحكام التحكيم الإلكترونية، وخلاصة ذلك إمكانية الأخذ بحكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم بالشكل الإلكتروني في ظل الاعتراف التشريعي للكتابة والتوقيع الإلكترونيين بذات الحجية المقررة للكتابة والتوقيع التقليديين.

رابعاً: الإخطار بحكم التحكيم الإلكتروني

توضح النصوص المعنية بالتحكيم التجاري أسلوب الإخطار بالحكم، فقد نصت المادة (4/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أن تسلم صورة من الحكم إلى الأطراف بالقول إنه " بعد صدور القرار، تسلم إلى كل من الطرفين نسخة منه موقعة من المحكمين..." وهذا ما أوجبته المادة (42/أ) من قانون التحكيم الأردني والمادة (1/44) من قانون التحكيم المصري بأن تسلم هيئة التحكيم إلى الأطراف صورة عن حكم التحكيم خلال

ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، **فهل تنطبق المصطلحات الموجودة في هذه النصوص مثل (التسليم) و(صورة طبق الأصل) والتي تعالج التحكيم بصورته التقليدية، مع التحكيم الإلكتروني الذي يجري من خلال شبكات الاتصال؟**

نرجح ما ذهب الفقه إليه، بأن المهم هو أن يصل الحكم إلى الأطراف دون تعديل أثناء النقل، أما وسيلة الإخطار فهي غير مهمة، باعتبار أن النصوص المتعلقة بشكل ووسيلة إبلاغ الحكم للأطراف جاءت مطلقة، فمن المتصور أن يتم ذلك الإخطار بأية وسيلة إلكترونية والتي منها إرسال البريد الإلكتروني (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 317؛ مطر، عصام، المرجع السابق، ص ص: 485 – 486).

ونستدل على ذلك من خلال الأنظمة الخاصة بالتبادل الإلكتروني التي عنت بمسألة الإخطار، منها المادة (54) من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية والتي جاء فيها "ينقل المركز القرار إلى كل طرف، وشرط ذلك بأن يضع نصه على موقعه على شبكة الإنترنت تحت رقم رجوع الملف الملائم"، والمادة (4/25) من لائحة المحكمة الإلكترونية التي جاء فيها "تتولى السكرتارية نشر الحكم على موقع القضية وتبلغه للأطراف بكل وسيلة ممكنة".

وفيما يتعلق باستخراج صور من حكم التحكيم، فإنها ستتم بصورة إلكترونية، ولعل هذه الطريقة تبدو أسهل من حالة استخراج صورة لحكم التحكيم المكتوب يدوياً، إذ يمكن طباعة الحكم إلكترونياً بعدد من الصور المراد الحصول عليها، ثم إرسالها إلى الأطراف وذلك من خلال وضع الحكم على موقع القضية على شبكة الإنترنت، ويمكن للأطراف الدخول إلى موقع القضية عن طريق كلمة السر التي تسمح لهم بالاطلاع على الحكم ونسخه، شريطة وجود آليات تحول دون العبث بحكم التحكيم أو التعديل فيه أثناء نقله إلكترونياً (الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص: 456).

البند الثاني: آثار حكم التحكيم الإلكتروني

حكم التحكيم يعتبر عملاً متميزاً بديلاً عن القضاء، فإذا كان العمل القضائي يتكون من عناصر ثلاثة؛ ادعاء، تقرير، وقرار، فإن المحكم يعد تقريراً متقيداً بحكم القانون، وفي الادعاء المقدم إليه من الخصوم، منتهياً إلى قرار محدد يتضمن حلاً للنزاع، كما أن المحكم يحسم نزاعاً بين الأطراف الذين ـ عرضوه عليه ـ حسماً نهائياً لا تجدي معه إعادة الجدل والمناقشة في هذا الحكم (التحيوي، محمود، المرجع السابق، ص: 249).

من هنا فإن حكم التحكيم يرتب بعض الآثار القانونية المماثلة للآثار التي يرتبها الحكم القضائي، وأهمها قابلية ذلك الحكم للتنفيذ فور صدوره وقابليته للطعن فيه ـ وهو ما سوف نعالجه على استقلال في الصفحات القادمة ـ لكن قبل ذلك لابد أن نتناول بالدراسة حجية حكم التحكيم الإلكتروني .

حجية حكم التحكيم الإلكتروني:

ترتبط فكرة الحجية بالعمل القضائي، سواء أكان هذا العمل صادراً من القاضي أو من المحكم، ويقصد بحجية الحكم ما يتصف به من قوة أو قرينة تمنع من إعادة عرض ما فصل فيه من نزاع من جديد على القضاء إلا إذا كان ذلك بطريق طعن يقرره القانون، هذه الحجية تترجم عملياً من خلال أثرين يرتبهما الحكم لهذه الحجية، الأثر الأول إيجابي والأثر الثاني سلبي. **فمن جهة أولى** تقتضي حجية الحكم أن يكون لمن صدر الحكم لصالحه أن يتمسك بمقتضاه دون الحاجة لأن يثبت من جديد وجود هذا الحق، **ومن جهة ثانية** فإن حجية الحكم تقتضي منع من صدر الحكم ضده من أن يرفع من جديد دعوى يطالب فيها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بما سبق أن رفضه القضاء منه أو قضى به عليه (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 172؛ التحيوي، محمود، المرجع السابق، ص: 252).

وتقنيناً لهذين الأثرين تنص المادة (1/41) من قانون البينات الأردني على أن "الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة ..." وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة والقانون على أن المحكمة تقضي بهذه الحجية من تلقاء نفسها، **وهذا يفرض التساؤل التالي، ما مدى تمتع أحكام التحكيم الإلكترونية بهذه الحجية؟**

ذهب رأي من الفقه إلى القول إن "حكم المحكم يكتسب الحجية وتلتصق به لمجرد صدوره ـ شأنه شأن أحكام القضاء ـ ولو كان قابلاً للطعن، وتبقى هذه الحجية وتستقر ببقاء الحكم وتزول بزواله... كذلك فإن حكم المحكم يحوز الحجية ولو لم يصدر بعد الأمر بتنفيذه، وهذا هو الرأي الراجح فقهاً ... وبعبارة أخرى، نفاذ حكم التحكيم يسري من تاريخ صدوره بينما تنفيذه لا يجوز إلا بعد صدور الأمر بذلك" (أبو الوفا، أحمد، 1988، ص: 278 ـ 281).

كما أكدت محكمة النقض المصرية بدورها هذا الفهم، حيث قضت بأن "أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها وتبقى هذه الحجية طالما بقي هذا الحكم قائماً ولم يقض ببطلانه" (الطعن رقم 1004 لسنة 61 ق، تاريخ 1997/12/27، غير منشور).

وفي قانون التحكيم الأردني قنن المشرع ما استقر عليه رأي الفقه وما هو مقرر في القوانين المقارنة، فنصت المادة (52) منه على أنه "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فيه".

وبناء على ما تقدم فإنه متى صدر حكم التحكيم حاز حجية الأمر المقضي، وهذا ما يعني أن ما قضى به هذا الحكم **يتضمن قرينة الحقيقة**، ونتيجتها أن الحكم يعتبر عنواناً للحقيقة، فيما قضى به، بحيث لا يجوز إهدار

هذه الحقيقة في أي مجال ولدى أية سلطة قانونية في الدولة، كما يعني ذلك أن ما قضى به هذا الحكم يتضمن قرينة الصحة، ومؤداه أنه يفترض أن الحكم قد صدر بناء على إجراءات صحيحة وأنه متى صار له مظهر الحكم وكيانه فإنه لا يجوز الادعاء ببطلانه بدعوى (مقابلة، نبيل، المرجع السابق، ص: 49).

وحكم التحكيم - شأنه شأن حكم القضاء - لا يتمتع بحجية مطلقة، بل تسري عليه قاعدة نسبية حجية الأحكام التي ورد النص عليها في المادة (1/41) من قانون البينات الأردني، إذ تنص على أن الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق موضوعاً وسبباً.

وحاصل هذا أن حجية حكم التحكيم تتحدد بالموضوع الذي فصل فيه، فلا حجية للحكم إلا إذا تعلق الأمر بذات النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم موضوعاً، فيتحدد نطاقه بنطاق اتفاق التحكيم، فلا يكون للحكم من حجية إلا في حدود ما فصل فيه من المسائل التي تضمنها اتفاق التحكيم (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 187، الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص: 459).

كما تحدد هذه الحجية من ناحية الأشخاص، فالحكم لا يفيد إلا من صدر لصالحه ولا يحتج به إلا على من صدر عليه، ولا حجية له في مواجهة الغير، فلا يصح التمسك بهذه الحجية إلا فيما بين أطراف التحكيم وهم المحكوم لهم والمحكوم عليهم والذين هم في الأصل أطراف اتفاق التحكيم، وعليه فإن الحكم ليست له حجية الشيء المقضي إلا في مواجهة من كان طرفاً أو ممثلاً في الخصومة (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 185، شحاتة، محمد نور، المرجع السابق، ص: 133).

ويرى الباحث أن حكم التحكيم الإلكتروني الذي تجري إجراءاته بطريقة إلكترونية ـ شأنه بذلك شأن حكم التحكيم التقليدي ـ يحوز بمجرد صدوره حجية الأمر المقضي به، وتبقى هذه الحجية ما بقي الحكم قائماً، وتكون له هذه الحجية ولو كان يقبل الادعاء ببطلانه أو لم يصدر أمر بتنفيذه، ذلك أنه لا يجوز إغفال الاثر القانوني له لمجرد أنه أجري بوسائل إلكترونية، وهذا ما أخذ به نظام القاضي الافتراضي الذي اعتبر القرار الصادر عن المحكم ملزماً لأطراف التحكيم.

المحور الثاني: دور القضاء الوطني في إبطال حكم التحكيم الإلكتروني

تتفق الكثير من القوانين، على أن حكم التحكيم النهائي، هو حكم قطعي وغير قابل لأي طريق من طرق الطعن العادية، المنصوص عليها في القوانين الإجرائية، حيث نصت المادة (48) من قانون التحكيم الأردني على أنه "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ..."، بالمقابل، تتفق هذه القوانين على طريق استثنائي للطعن بالحكم التحكيمي، وهو ما يسمى بالطعن بإبطال الحكم، حيث نصت ذات المادة من ذات القانون على أنه "... يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المواد (49) و(50) و(51) من هذا القانون".

فمن أوجه الاختلاف الأساسية بين الحكم الصادر في الخصومة التحكيمية، وبين الحكم الصادر في الخصومة القضائية، خضوع حكم التحكيم بطلب إبطاله بدعوى مبتدأه، وهذا الطريق يختلف عن طرق الطعن المقررة للأحكام القضائية، فالتحكيم باعتباره عدالة خاصة لا يتواءم بسهولة مع طرق الطعن التي ترمي إلى إعادة فحص النزاع وإحلال قرار القاضي محل قرار

المحكم، فرقابة قضاء الدولة تقتصر على رقابة المشروعية أو الصحة، بمعنى أنها تنصب فقط على رقابة الطريق الذي تم به اتخاذ المحكم قراره، وليس على ما تم تقريره أو الفصل فيه، فأقرت غالبية الأنظمة القانونية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم (البطاينة، عامر، المرجع السابق؛ شحاته، محمد، المرجع السابق، ص: 301).

من هنا فإن ما انتهى إليه قانون التحكيم الأردني ليس إلا صدى لنص المادة (34) من القانون النموذجي للتحكيم، والمادة (52) من اتفاقية واشنطن، وكذلك المادة (52) من قانون التحكيم المصري، والتي اتجهت جميعها في صدد إصلاح أخطاء حكم التحكيم إلى الاستغناء عن طرق الطعن المقررة بالنسبة لأحكام القضاء والاقتصار على رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم (صاوي، أحمد، 2002، ص: 219).

وإذا كان ذلك المقتضى لا يثير أية مشكلات في مجال التحكيم العادي، فإن الأمر لا يسير على ذات المنوال في مجال التحكيم الإلكتروني، ذلك أن الفقرة الخامسة من المادة (25) من لائحة المحكمة القضائية تعتبر أن حكم التحكيم الإلكتروني يعد نهائياً لا يجوز الطعن فيه إلا بالاستئناف، إذ نصت الفقرة السادسة من المادة المشار إليها أن اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم وفقاً للائحة المحكمة القضائية يعتبر تنازلاً منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن، وهذا الحكم هو ذات الحكم الذي يقرره نظام القاضي الافتراضي، هذا على خلاف نظام محكمة التحكيم القضائية التي أنشئت بموجب قانون (Public Act) رقم (262) لسنة 2001 الذي يجيز استئناف الأحكام الصادرة منها أمام المحكمة التي تختص بالطعون في الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة (الخالدي، ايناس، المرجع السابق، ص: 462).

من هنا يثور التساؤل التالي: هل يجوز للخصم الذي صدر قرار التحكيم الإلكتروني في غير صالحه أن يطعن في القرار أمام القضاء الوطني؟

في الحقيقة إن التشريعات المختلفة تجيز الدعوى ببطلان أحكام التحكيم على إطلاقها، ولهذا، فإنه بعد أن نصت التشريعات الحديثة، على عدم قابلية أحكام التحكيم لأي طريق من طرق الطعن، أضافت أنه يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحوال المبينة فيها، مما يمكن معه القول إن حكم التحكيم الإلكتروني - التحكيم الذي اختار فيه الخصوم الإجراءات التي تطبق بشأنه ولم يعهد به إلى منظمة أو أحد مراكز التحكيم - يقبل الطعن بإبطال الحكم وفق الأحكام الخاصة بدعوى البطلان من حيث أسباب الطعن بالبطلان ومن حيث سلطة المحكمة المختصة بنظر هذه الدعوى.

وبناءً على ذلك سيتم تناول هذا المحور من خلال بندين؛ الأول: يتناول دور القضاء في تقدير أسباب الطعن بالبطلان، والثاني: يتناول سلطة المحكمة المختصة عند تصديها لدعوى البطلان.

البند الأول: دور القضاء الوطني في تقدير أسباب بطلان حكم التحكيم الإلكتروني

لم يجز القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الطعن في حكم التحكيم أمام إحدى المحاكم إلا عن طريق واحد أسماه "طلب إلغاء الحكم" وحددت المادة (34) من هذا القانون الأحوال التي يجوز فيها طلب إلغاء حكم التحكيم على سبيل الحصر.

ولم يستطع المشرع الأردني أن يجاري القانون النموذجي في صياغة هذا الحكم، وإنما نص في المادة (48) على ألا تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن

يجوز رفع دعوى بطلان الحكم وفقاً للأحكام المقررة في المواد (49 و50 و51) من قانون التحكيم، وهذا ما سبق أن نص عليه قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 وذلك في الباب السادس منه في المواد (52 – 54) حيث نلاحظ التشابه الكبير الذي يصل إلى حد التطابق عند المقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري.

إذ يَرُد القانون المصري، ومن بعده القانون الأردني، بذلك إلى دعوى البطلان طبيعتها القانونية الصحيحة، حيث إنها ليست طريقاً من طرق الطعن، وإنما هي دعوى مبتدأة يفصل فيها طبقاً لأحوال البطلان التي يحددها القانون على سبيل الحصر، من خلال الأوضاع والمواعيد المحددة في القانون (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص: 241 ـ 242؛ شحاتة، محمد، المرجع السابق، ص ص: 302 ـ 303).

وهذه النصوص تضع أساساً دقيقاً للرقابة القضائية ومن شأن التزام القضاء بها التثبت من صحة حكم المحكمين الصادر في تحكيم داخلي أو في تحكيم دولي، على نحو يرفعه إلى مصاف الحقيقة القانونية التي لا تزول، كما تضمن في ذات الوقت استبعاد الأحكام التي تفتقر إلى المقومات الاساسية الواجب توافرها في الأحكام، والتي ينبغي على القضاء الالتزام بها كأسس تحدد الإطار القانوني للرقابة التي يمارسها القضاء على أحكام التحكيم بمناسبة نظر دعوى إبطالها (البطاينة، عامر، المرجع السابق).

أما أحوال البطلان التي قررتها المادة (49) من القانون الأردني على سبيل الحصر فهي:

(أ)1. إذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيح ومكتوب أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته.

2. إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.
3. إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.
4. إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.
5. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.
6. إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا في الأجزاء الأخيرة وحدها.
7. إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه.

(ب) تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها.

ونلاحظ اختلاف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية من حيث تعداد الأسباب التي تقوم عليها دعوى بطلان حكم التحكيم، مع ذلك نجد أن هناك أسباباً تشترك في إيرادها معظم القوانين ويمكن أن تكون أساساً للطعن

كذلك في قرار التحكيم الإلكتروني، ولذلك سنبحثها جملة من غير تحديد تجنباً للتكرار وهذه الأسباب يمكن تصنيفها إلى خمس مجموعات وهي كالآتي:

أولاً: الأسباب التي تتعلق باتفاق التحكيم

إن اتفاق التحكيم هو حجر الزاوية في عملية التحكيم ككل، فأساس التحكيم اتفاق الطرفين سواء ورد في صورة شرط أم مشارطة، ويجب أن تتوافر في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده وهي الرضا والمحل والسبب، كما يتعين أن تتوافر له الشروط الشكلية اللازمة لصحته وهي الكتابة (مقابلة، نبيل، المرجع السابق، ص: **100**).

فإذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيح ومكتوب أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته، أو إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وقت إبرامه وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، ففي هذه الحالات يستند الطرف الذي يقدم طلب الطعن بقرار التحكيم على وجود عيب أو خلل في اتفاق التحكيم، فيكون اتفاق التحكيم باطلاً إذا كان غير مكتوب أو ورد على مسألة غير قابلة للتحكيم، أو شابه سبب من أسباب البطلان طبقاً للقواعد العامة، أو جاء مخالفاً لأحكام القانون الآمرة (الأحدب، عبد الحميد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص: **140**).

وتقف سلطة القاضي عند نظر دعوى بطلان حكم التحكيم استناداً إلى هذه الأسباب عند حد استظهار وجود اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره أم لا، فسبب وجود هذا الطريق من طرق الطعن بالبطلان هو السماح للقاضي الوطني التأكد من انعقاد الاختصاص للمحكم، فإذا قام المحكم بالفصل في الموضوع المعروض عليه دون وجود اتفاق على التحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو

انقضت مدته، فإن أساس الاختصاص المنعقد للمحكم ذاته هو الذي ينعدم من المبدأ (البطاينة، عامر، المرجع السابق).

ويتحقق القاضي الوطني عندما يوجه طعن ضد قرار المحكمين ويكون هذا الطعن مبنياً على وجود اتفاق التحكيم أم لا، من خلال مراقبة كيفية توصل الحكم التحكيمي إلى التأكد من وجود عقد التحكيم، والأساس الذي يعتمد في هذا الشأن هو دائماً النية الحقيقية للأطراف، والتي تظهر من ظروف التنازل عن الاتفاق أو تعديله أو إجراء مصالحة بشأنه، وما إذا كان يتبين من هذه الظروف أن نية الأطراف منصرفة إلى التمسك باتفاق التحكيم أم لا (الأحدب، المرجع السابق، الكتاب الثاني، ص: 523).

ويرى الباحث أنه يجب تغيير مفهوم الكتابة المستقر في الأذهان من مفهومها الضيق إلى مدلولها الواسع لتشمل ما قد يتبادله الأطراف من رسائل وبرقيات عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة التي تعد بمثابة سجل للاتفاق التحكيمي، وهذا مطلب منطقي بالنسبة لاتفاق التحكيم الإلكتروني، فموضوع وجود أو عدم وجود الاتفاق التحكيمي يطرح من زاوية أن القانون يتطلب في بعض العقود شروطاً شكلية لانعقاده، وأمر وجود أو عدم وجود الاتفاق التحكيمي يتوقف على القانون المطبق على هذا الاتفاق، فهو الذي يحدد ما إذا كان الاتفاق قد استوفى شروط انعقاده أم لا، وللوصول إلى ذلك، يجب أن تكون هناك رقابة للمحاكم الوطنية على حكم المحكمين باختصاصهم من حيث استظهار وجود اتفاق تحكيم إلكتروني مستوفٍ لأركانه الموضوعية والشكلية ومنتج لآثاره أم لا.

ثانياً: الأسباب التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم

فإذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على نحو مخالف

للقانون أو لاتفاق الأطراف، أو إذا فصلت هيئة التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوزت حدود هذا الاتفاق، فبتوافر تلك الأسباب التي ترجع بالأساس إلى هيئة التحكيم يكون بالإمكان الطعن بالبطلان بحكم التحكيم.

إذ يتم تشكيل هيئة المحكمين باتفاق الطرفين شريطة أن يكون عددها وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً، كما لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب إشهاره إفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره، كما يجب أن يفصح المحكم عند قبوله لمهمته التحكيمية عن أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاليته أو حيدته، كما يتعين على هيئة التحكيم مراعاة الالتزام باتفاق الأطراف ونصوص القانون عند استبدال من توفي أو رد أو عزل أو تنحى من المحكمين، ففي حالة تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لاتفاق الأطراف أو القانون، فإن أية مخالفة لها تعتبر سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم لصدوره من هيئة تحكيم تم تشكيلها بالمخالفة لهذه القواعد (عمر، نبيل، المرجع السابق، ص: 273؛ عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 473 – 474).

كما أن هيئة التحكيم أو المحكم يجب أن تكون لها السلطة والاختصاص بالنظر في النزاع وبالتالي إصدار القرار الخاص بذلك، فإذا لم تكن لهيئة التحكيم سلطة النظر في النزاع أو كان الأمر المتنازع عليه ليس من الأمور التي يمكن حسمها بالتحكيم وفقاً لقانون بلد التحكيم أو القانون الواجب التطبيق، فعندئذ يمكن الطعن في القرار الذي تصدره هيئة التحكيم، فإن وجدت المحكمة التي قدم إليها الطعن في القرار التحكيمي أن الأدلة التي

قدمها الخصم تثبت عدم اختصاص هيئة التحكيم النظر في موضوع النزاع محل القرار الطعين، ففي هذه الحالة كان للمحكمة إبطال قرار التحكيم، كما يجوز للمحكمة التي تنظر في الطعن أن تبطل الجزء الذي تجاوزت فيه هيئة التحكيم لسلطتها إذا كان بالإمكان تجزئة قرار التحكيم دون أن يؤثر ذلك على المسائل الأخرى الخاضعة للتحكيم (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص ص: 414 ـ 415؛ القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص: 254 ـ 258).

ويرى الباحث من هنا، أنه يحق للخصم أن يطعن في قرار التحكيم الإلكتروني مدعياً عدم اختصاص هيئة التحكيم بالاستناد إلى هذه الأسباب، مطالباً بإبطال قرارها وتكون الكلمة الفصل في هذه الحالة للمحكمة المختصة.

ثالثاً: الأسباب التي تتصل بإجراءات التحكيم

يدخل في هذه الحالة تعذر قيام أي من طرفي التحكيم بتقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته، وتعد هذه الحالة مجرد تطبيق لاحترام حقوق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة بين الخصوم.

وصور تعذر إبداء دفاع الخصم والتي تبطل بدورها الحكم التحكيمي متعددة ولم ترد على سبيل الحصر، فتشمل كل ما يمكن أن يكون مرده ما يخرج عن إرادة الخصوم، الأمر الذي يخل بحق الدفاع كمبدأ أساسي يقوم عليه سواء أمام القضاء أم التحكيم، فيشمل عدم تقديم الخصم لدفاعه بسبب عدم إعلامه إعلاماً صحيحاً بتعيين أحد المحكمين أو أي من إجراءات التحكيم، فإذا تعذر بذلك على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه لأي سبب خارج عن إرادته، وقام المحكم أو هيئة التحكيم بإصدار الحكم التحكيمي بالرغم من

ذلك، فإن الحكم يمكن الطعن فيه بالبطلان، لعدم احترامه حقوق الدفاع ولمساسه بمبدأ المساواة المطلقة بين الخصوم أمام المحكم (شفيق، محسن، المرجع السابق، ص ص: 244 – 248؛ الحداد، حفيظة، 2007، ص ص:465 – 466).

وبناء على ما تقدم، وأياً كانت الطريقة التي تجري فيها المنازعة التحكيمية، سواء أكانت تجري في تحكيم تقليدي أم في تحكيم إلكتروني، فإنه يتعين أن يكفل المحكمون لأطراف الخصومة كافة حقوقهم، فعدم إجراء التبليغات الأصولية للخصوم أو عدم معاملة الطرفين على قدم المساواة أو عدم ضمان حقوق الدفاع لأحد الطرفين بإعطائه الفرصة الكافية لتقديم دفاعه وطلباته، فإن مثل هذه الأمور الإجرائية يمكن الاستناد إليها بدعوى الطعن بقرار التحكيم الإلكتروني أمام القضاء المختص.

رابعاً: الأسباب التي تتعلق بمحتوى القرار التحكيمي

تدخل في هذه الحالة الأسباب التي يستند فيها الطرف الذي يقدم طلب الطعن إلى أن قرار التحكيم لا يتفق مع ما يتطلبه قانون البلد الذي صدر فيه أو قانون الإجراءات الواجب التطبيق، كما لو استبعد حكم المحكمين تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، أو إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلةً بطلاناً أثر في الحكم (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 414).

فإذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف صراحة على اختياره ليحكم النزاع، والمقصود هنا بالقانون، قواعد القانون الموضوعي، سواء أكان قانوناً وضعياً أم غير وضعي، وتدخل ضمن هذا النص الحالات التي يقع فيها خطأ جسيم في تطبيق ذلك القانون المختار يعادل في جسامته وأثره الاستبعاد المباشر لتطبيق ذلك القانون (الأحدب، عبد الحميد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص: 141).

من هنا، إذا لم يأخذ المحكم باتفاق الخصوم اختيارهم لقانون معين، كان ذلك سبباً للطعن بالبطلان في حكمه، استناداً إلى أن إرادة الأطراف يجب احترامها، والاعتداد بها (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص: 464) أما رقابة القضاء فتنحصر هنا في مراقبة مدى إعمال حكم التحكيم للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، كذلك الخطأ في تطبيق القانون الذي يصل إلى درجة مسخه، أما الخطأ في تأويل الوقائع وتفسيرها فهي مسألة تخرج عن نطاق رقابة القضاء (البطاينة، عامر، المرجع السابق).

كما أنه إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه - كما لو خلا الحكم من توقيع المحكمين أو أسباب الحكم أو أسماء المحكمين أو عناوينهم أو جنسيتهم أو ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم أو تاريخ ومكان إصدار الحكم - وقع البطلان إذا تخلف بيان من البيانات الجوهرية تلك في الحكم (الأحدب، عبد الحميد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص: 142) مع ذلك لم يلق قانون التحكيم الضوء على معيار التفرقة بين ما هو من البيانات الجوهرية، التي من شأنها التأثير في مضمون الحكم من تلك البيانات غير الجوهرية التي قد لا تؤثر فيه؟

ذهب الفقه إلى أن البطلان يتحقق إذا لم يستوف الحكم شروط إصداره الشكلية أو الموضوعية، كأن يصدر الحكم دون كتابة أو دون مداولة، أو إذا لم يشتمل الحكم على صورة من اتفاق التحكيم، أو جاء خالياً من أقوال الخصوم ومستنداتهم، أو أي بيان ضروري للتحقق من حسن استيعاب الحكم لوقائع النزاع، ودفاع طرفيه، والوقوف على أسباب الحكم (شحاتة، محمد، المرجع السابق، ص ص: 76 – 113، ص ص: 326 – 329).

ويرى الباحث أنه إذا تخلف ركن من أركان الحكم أو بيان من بياناته

الجوهرية، كان هذا سبباً للطعن بحكم التحكيم الإلكتروني، غير أنه يترك للقضاء الذي يملك مما يملك من السلطات، السلطة التقديرية، تقدير درجة أهمية تلك البيانات ومدى تأثيرها على مضمون الحكم، والتي يترتب على إغفالها البطلان إذا تبين للمحكمة المختصة جوهرية هذا البيان.

كما أن البطلان في الإجراءات يؤدي إلى بطلان الحكم، لكن يلزم ذلك أن يكون ما شاب الإجراء من بطلان قد انعكس وأثّر على الحكم، غير أن طبيعة التحكيم تقتضي عدم التوسع في مفهوم البطلان، فلا ينبغي اعتبار الحكم باطلاً إلا إذا كانت المخالفة التي لحقت الإجراء جوهرية، تتعلق بالمساس بحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم ومعاملة الخصوم على قدم المساواة بحيث تنعكس آثارها على كيان الحكم (صاوي، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 238 – 241؛ عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص: 469) وهو ما يمكن الخصم المتضرر من المطالبة ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني بالاستناد لهذا السبب.

خامساً: الأسباب التي تستند إلى مخالفة قواعد النظام العام

تكاد تجمع جميع التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على أن مخالفة القرار التحكيمي لقاعدة من قواعد النظام العام تعتبر سبباً من أسباب بطلانه (فوزي، سامي، المرجع السابق، ص: 416).

ويقصد بالنظام العام في دولة ما "مجموعة الأصول والقيم التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً عالياً في صورة قواعد قانونية آمرة تحكم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب

بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي يقررها بعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى" (الجمال، مصطفى وعبد العال، عكاشة، المرجع السابق، ص: 153).

ولن ندخل هنا في دراسة خاصة لفكرة النظام العام، إنما الذي يعيننا هو تحديد دور القاضي الوطني إزاء هذه الفكرة، حيث يرى جانب من الفقه أن القاضي يتولى بنفسه تقدير قيام أو عدم قيام فكرة النظام العام، كما أنه هو الذي يتولى تحديد مضمون هذه الفكرة، حيث إن القاضي في داخل هذا النطاق يكاد أن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة، فهو مشرع يتقيد بآداب عصره ومصالح أمته، وهو بصدد ذلك يتصدى إلى تقدير مشروعية محل وسبب الالتزام (عمر، نبيل، 1984، ص: 243).

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى القول: إن القضاء هو الحارس الأمين على كيان المجتمع، كثيراً ما يستند إلى فكرة النظام العام والآداب إذا لم تسعفه النصوص الموضوعية في إبطال العقود المنافية للأخلاق، والقاضي لا يرجع في تحديد ما يعتبر مخالفاً للنظام العام أو منافياً للآداب إلى أفكاره ومبادئه بل يرجع بذلك إلى العناصر السليمة والسديدة التي تكون الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي إليه (سلطان، أنور، المرجع السابق، ص: 112).

من هنا، للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم التحكيمي إذا ما تضمن ما يخالف النظام العام في دولتها (شفيق، محسن، المرجع السابق، ص: 318).

وهنا يرى الباحث أن مخالفة حكم التحكيم الإلكتروني لقاعدة من قواعد النظام العام يعتبر سبباً من أسباب بطلان هذا الحكم.

البند الثاني: سلطة المحكمة المختصة عند نظر دعوى بطلان الحكم التحكيمي الإلكتروني

في الواقع لقد نص كل من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وقوانين التحكيم (الأردني والمصري والإجراءات المدنية الإماراتي)، على أن الطعن بقرار التحكيم يتم بواسطة دعوى أصلية ببطلان ذلك القرار ترفع لدى المحكمة المختصة، ولاحظنا أن حالات البطلان الواردة في تلك القوانين متشابهة مع اختلاف بسيط في الألفاظ، حيث عددت القوانين السالفة الذكر أسباب بطلان القرار التحكيمي على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها (حداد، حمزة، المرجع السابق، ص: 420 ؛ ص ص: 424 – 425).

ويرد الطعن بالبطلان على كل قضاء قطعي ينهي الخصومة، ولو في شق منها، إذ يستنفذ المحكم سلطته في خصوص هذا الشق، ولا يجوز له العودة إليه أو التعديل فيه، ومثالها الأحكام المنهية للخصومة دون الحكم في موضوعها، أو مسائل الإجراءات التي تؤدي إلى إنهاء الخصومة، مثل الصلح، والترك، وسقوط الخصومة، كلها يمكن أن تكون محلاً لدعوى البطلان، أما القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم دون أن ترتبط الخصومة فيها بقضاء قطعي، مثل زمان ومكان انعقاد الهيئة، فلا تكون محلاً لدعوى البطلان إلا بعد صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم برمتها (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 440 – 441).

ويذهب الفقه، إلى أن المحكمة المختصة عندما تتصدى إلى الحكم في دعوى البطلان المرفوعة أمامها ليس لها أن تشرع في مراجعة الحكم التحكيمي من حيث الموضوع، وإنما يقتصر دورها على الحكم برفض الدعوى أو الحكم بالبطلان، فهذه الدعوى ليست طريقاً عادياً للطعن، فالالتجاء إليها إنما اقتصر

على طلب فحص الحكم من حيث صحته أو بطلانه وفقاً للنصوص القانونية المنظمة لذلك، فالمحكمة لا تملك مراجعة قرار التحكيم موضوعاً، والحكم ببطلانه تأسيساً على سوء تفسير نصوص التحكيم أو نصوص العقد، أو التفسير الخاطئ لوقائع الدعوى أو للوثائق والأدلة المقدمة فيها والتي فصل فيها القرار التحكيمي (عمر، نبيل، 2003، ص ص: 300 ـ 301؛ عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 441 ـ 443؛ شحاتة، محمد، المرجع السابق، ص: 337).

ويرجع جانب من الفقه أسباب ذلك، إلى أن إطلاق سلطة المحكمة التي تنظر البطلان للتصدي إلى الموضوع، يمثل مصادرة لحرية الأطراف الذين قد يؤثرون العودة إلى التحكيم من جديد بعد تلافي ما كان سبباً للحكم ببطلان قرار المحكمين، أو رفع دعوى من قبل أحدهم أمام قضاء الدولة، وهو تأكيد على إعلاء دور الإرادة في العملية التحكيمية (بريري، محمود، 1999، ص: 257).

وقد حسم المشرع الأردني في نص المادة (51) من قانون التحكيم موقفه، حيث قصر اختصاص المحكمة المختصة المرفوع إليها دعوى البطلان، إما على الحكم برد الدعوى وتأييد قرار المحكمين والأمر بتنفيذه أو القضاء ببطلان الحكم التحكيمي، حيث نصت المادة سالفة الذكر على أنه " إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً، وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم" وبذلك نلاحظ أن القانون وضع آثاراً لدعوى بطلان التحكيم وهي: (الحياري، عمر، 2003).

أولاً: تأييد حكم التحكيم، فإذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم عندئذ وجب عليها أن تأمر بتنفيذ حكم التحكيم ويكون قرارها القاضي بذلك قطعياً.

ثانياً: بطلان حكم التحكيم، فإذا قضت المحكمة المختصة ببطلان حكم التحكيم، يكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً تبدأ من اليوم التالي لوقوع التبليغ، ويكون قرار محكمة التمييز القاضي بتأييد بطلان حكم التحكيم منتجاً لسقوط اتفاق التحكيم.

وتملك المحكمة في سبيل الفصل في دعوى البطلان أن تفحص مجموع العناصر الواقعية والقانونية التي يمكن أن تشكل سبباً من أسباب البطلان، ولها في سبيل ذلك تفسير اتفاق التحكيم لبيان مدى خروج هيئة التحكيم عنه أو فصلها في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم أو عدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع، وعليها بذلك فحص مدى قابلية النزاع للتحكيم، ومراقبة الفصل في مدى مشروعية ولاية المحكم في خصومة التحكيم لتقدير سلامة اختصاصه، وعليها أيضاً أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان الحكم التحكيمي متى تضمن الحكم ما يخالف النظام العام حتى لو استند الطاعن إلى سبب آخر لا يؤدي إلى بطلان الحكم (عبد المجيد، منير، المرجع السابق، ص ص: 441 – 442).

مع ذلك، ليس للمحكمة أن تنزلق إلى بحث موضوع النزاع، فليس لها أن تبحث الخطأ في تفسير القانون أو أن تفصل بالنزاع من الناحية الموضوعية، فالمحكمة ليس لها إذا قضت ببطلان الحكم التحكيمي أن تتصدى إلى موضوع النزاع وتفصل فيه، وإنما تنتهي مهمتها عند القضاء ببطلان حكم التحكيم (والي، فتحي، المرجع السابق، ص: 622).

المحور الثالث: دور القاضي الوطني في تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني

من المتفق عليه أن التحكيم في أوله اتفاق، ثم إجراءات، ثم حكم. فالعملية التحكيمية محصلتها النهائية صدور حكم يحسم النزاع الذي اتفق المحتكمان على إحالته إلى التحكيم (أبو الوفا، أحمد، 1988، ص: 20).

وقد بينا أن أحكام التحكيم تتمتع بحجية الأمر المقضي الذي تتمتع به الأحكام القضائية، فالحكم الصادر عن المحكم يعد عنواناً للحقيقة، بحيث تكون له منذ لحظة صدوره قوة الشيء المقضي به في المسألة التي فصل فيها (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 290) والقاعدة هي احترام الحكم التحكيمي من قبل الأطراف وتنفيذه اختيارياً من الطرف الخاسر، أما الاستثناء فيكون الرفض أو المماطلة في التنفيذ من قبل الطرف الذي يجب عليه تنفيذ الحكم (سامي، فوزي، المرجع السابق، ص: 353).

لكن المحكم على خلاف القاضي ليس له سيف السلطة العامة التي تجعل حكم القاضي سنداً تنفيذياً يتم إجبار المحكوم ضده على احترامه بالقوة، فحكم التحكيم غير قابل للتنفيذ بحد ذاته، وإنما يجب اكساؤه الصيغة التنفيذية من الجهة القضائية المختصة، إذ لم يقم المحكوم ضده طواعية بتنفيذ الحكم التحكيمي، والسبب في ذلك أن حكم التحكيم ليس صادراً عن السلطة القضائية، وإنما عن جهة خاصة ليست لها القدرة القانونية على إجبار الأطراف على تنفيذ الحكم (حداد، حمزة، المرجع السابق، ص: 453).

وانطلاقاً من كون التحكيم الإلكتروني نظاماً خليطاً، لا يمكن سلخه عن أصله التقليدي، فالأصل أن يتم تنفيذ الحكم الإلكتروني بذات الطريقة التي يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم التقليدي، مع ذلك يثير حكم التحكيم الإلكتروني العديد من الإشكاليات القانونية عند تنفيذه، **فكيف يتم تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؟ وما هو دور القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ؟ وما هي حدود سلطته عند تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؟** هذا ما سنحاول الإجابة عنه في البندين التاليين.

البند الأول: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

بالرغم من أن التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم عبر الإنترنت من قبل الطرف الخاسر هو المبدأ المعمول به على الأغلب. إذ إن حرص المتعاملين عن طريق الإنترنت على مصالحهم الخاصة يدفعهم إلى التنفيذ الطوعي للأحكام الصادرة بحقهم، فلا حاجة للخصوم لطرق أبواب المحاكم لتنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني، لكن عند الرفض أو المماطلة في التنفيذ من قبل الطرف الخاسر الذي يجب عليه تنفيذ الحكم، فلا بد من اللجوء إلى القاضي المختص للحصول على أمر بالتنفيذ الجبري لحكم التحكيم (Linyu, H. & Nasir,m., P. 47).

إذ إنه من المهم تنفيذ قرار التحكيم بعد صدوره، فهذا هو الهدف النهائي من اللجوء إلى التحكيم، والأصل أن يتم تنفيذ حكم التحكيم بالتراضي بين أطراف خصومة التحكيم الذين ارتضوا من قبل ولوج طريق القضاء الخاص هذا (جمعة، حازم، المرجع السابق؛ شفيق، محسن، المرجع السابق، ص: 37).

مع ذلك، إذا أبدى أحد أطراف الخصومة عدم رضاه بتنفيذ حكم التحكيم الصادر، فإننا نخرج عن الأصل السابق، ويكون للطرف المستفيد من الحكم اللجوء إلى قضاء دولة التنفيذ طالباً الأمر بالتنفيذ الجبري للحكم (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 464).

وإذا كانت هذه المسألة لا تثير أية صعوبة فيما يتعلق بتنفيذ قرار التحكيم التقليدي، فكيف يطبق ذلك بالنسبة لقرار التحكيم الإلكتروني؟

في الواقع، ما زال الأمر يحتاج إلى بحث وضبط، حيث يرى البعض، أن الجهات الرسمية المنوط بها التنفيذ، والتي تبدأ بالمحكمة المختصة بإصدار الصيغة التنفيذية للحكم، لن تقبل بسهولة مسؤولية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، إلا في حالة وجود قانون وطني أو اتفاقية دولية تلزم السلطات

الوطنية بقبول وتنفيذ الأحكام الإلكترونية، وفي ظل أن القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية لا تتضمن ما يلزم المحاكم القضائية الوطنية بمثل هذا الاعتراف وقبول التنفيذ، وفي ظل عدم استيفاء نظام التحكيم الإلكتروني للأشكال المنصوص عليها في تلك القوانين أو الاتفاقيات ستواجه أحكام التحكيم الإلكترونية صعوبة في الاعتراف بها وتنفيذها (جمعة، حازم، المرجع السابق؛ موسى، محمد، المرجع السابق).

ويرى البعض الآخر (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص ص: 464 ـ 467؛ ناصف، حسام الدين، 2005، ص: 68؛ إبراهيم، خالد، 2008، ص ص: 456 ـ 459)، أنه عندما يكون الطرف الخاسر سيئ النية ويرفض تنفيذ الحكم، فإن للطرف المستفيد من الحكم أن يبادر باللجوء إلى القضاء الوطني لدولة التنفيذ لطلب تنفيذ هذا الحكم، وعليه ولغايات الحصول على أمر تنفيذ الحكم التحكيمي، أن يقدم أصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه، بالإضافة إلى أصل الاتفاق التحكيمي أو صورة طبق الأصل عنه.

هذا ما نصت عليه المادة (1/4) من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لسنة 1958 والتي جاء فيها: "على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب: (أ) ـ أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط الرسمية للسند. (ب) ـ أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية، أو صورة تجمع الشروط الرسمية للسند".

وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (2/35) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام (1985) والذي جاء فيه: "على الطرف الذي يستند إلى قرار تحكيم أو يقدم طلباً لتنفيذه أن يقدم القرار الأصلي الموثق حسب

الأصول أو صورة منه مصدقة حسب الأصول، واتفاق التحكيم الأصلي المشار إليه في المادة (7) أو صورة له مصدقة حسب الأصول، وإذا كان قرار التحكيم غير صادر بلغة رسمية لهذه الدولة وجب على الطرف تقديم ترجمة له إلى هذه اللغة مصدقة حسب الأصول".

ويبدو أن الشروط الواردة في هذا القانون، وجدت صداها في قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 في المادة (53/ب)، وقانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في المادة (56)، تكريساً لفكرة التوحيد المنشود من القانون النموذجي تحقيقه على صعيد التشريعات الوطنية، حيث جاء فيهما أن طلب التنفيذ يقدم مرفقاً به ما يلي:

1. أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
2. صورة من اتفاق التحكيم.
3. ترجمة لحكم التحكيم إلى اللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة.

ويلاحظ من النصوص السابقة أنه يلزم أن يقوم طالب تنفيذ حكم التحكيم بتقديم أصل ذلك الحكم أو نسخة رسمية من هذا الأصل، وإذا كان ذلك المقتضى لا يثير أية مشكلات في مجال التحكيم التقليدي، فالأمر لا يسير على نفس المنوال في مجال التحكيم الإلكتروني - حسب ما انتهى إليه أصحاب الاتجاه الثاني - لسببين:

السبب الأول: يرجع إلى أن نظم المعلومات الإلكترونية لا تميز بين الأصل والصورة.

السبب الثاني: يرجع إلى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني.

وفي هذا الصدد نجد أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، قد قدمت حلاً لمشكلة تقديم صورة

مطابقة لأصل الوثيقة الإلكترونية (إبراهيم، خالد، 2008، ص: 456) حيث اشترطت الاتفاقية في المادة (9) منها على أنه: " 4- حيثما يشترط القانون وجوب إتاحة الخطاب أو العقد أو الاحتفاظ به في شكله الأصلي أو ينص على عواقب لعدم وجود مستند أصلي يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى فيما يخص الخطاب الإلكتروني إذا:

(أ) وجدت وسيلة موثوقة تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه منذ الوقت الذي أنشئ فيه أولاً في شكله النهائي كخطاب إلكتروني أو غير ذلك.

(ب) وكانت المعلومات الواردة فيه حيثما يشترط أن تكون متاحة، قابلة للعرض على الشخص الذي يتعين أن تتاح له.

2- لأغراض الفقرة (4/أ):

(أ) تكون معايير تقييم سلامة المعلومات هي تحديد ما إذا كانت تلك المعلومات قد ظلت كاملة ودون تحوير، بصرف النظر عن إضافة أية مصادفة وأي تغيير ينشأ في السياق المعتاد للإرسال والتخزين والعرض.

(ب) تقدر درجة الموثوقية المطلوبة في ضوء الغرض الذي أنشئت المعلومات من أجله وفي ضوء جميع الظروف ذات الصلة".

كما قدَّم القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، حلاً لمشكلة تقديم صورة مطابقة لأصل الوثيقة الإلكترونية؛ (الخالدي، إيناس، المرجع السابق، ص: 466؛ إبراهيم، خالد، 2008، ص: 457) وذلك في المادة (1/8) التي جاء فيها أنه: "عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات (الصورة) هذا الشرط، إذا:

(أ) وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات عند الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك.

(ب) كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات".

كما تنص المادة (3/8) من ذات القانون لأغراض الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (1) على أنه: "يكون معيار تقييم سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير، باستثناء إضافة أي تظهير وأي تغيير يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض وتقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة".

حيث يذهب **أصحاب الاتجاه الثاني**، إلى أنه بتطبيق هذه النصوص على ما تستلزمه القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية من شروط لإضفاء الحجية لحكم التحكيم، لن تكون هناك أية عقبة تمنع من الأمر بالتنفيذ، إذا تمكن طالب تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني من تقديم ما يؤكد سلامة المعلومات المتضمنة في كل من اتفاق التحكيم وحكم التحكيم، واستطاع تقديم هذه المعلومات وعرضها على قاضي التنفيذ المطلوب منه إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم (عبد الباقي، سامي، المرجع السابق، ص: 172؛ حوتة، عادل، المرجع السابق، ص: 326).

ويرجح الباحث ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، إذ إن قبول المستندات الإلكترونية ومساواتها في الإثبات بالمحررات المكتوبة من جهة، ومنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية نفسها التي يتمتع بها التوقيع الخطي من جهة

أخرى، واتجاه معظم التشريعات إلى مساواة الكتابة والتوقيع الإلكترونيين بالكتابة والتوقيع التقليديين، ومنحهما ذات الحجية القانونية من جهة ثالثة؛ من شأنه التسليم بضرورة إعطاء القرار التحكيمي الإلكتروني الصيغة التنفيذية من قبل المحاكم الوطنية المختصة.

ولعل مبعث الصعوبة التي تحول دون ذلك تكمن في أن غالبية القواعد القانونية في مجال الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم مستقاة من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لسنة 1958، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، والتي يستفاد من نصوصها أن تنفيذ حكم التحكيم يقتضي كتابة الاتفاق أو إفراغه في وثيقة موقع عليها من قبل الأطراف أو تضمنه أي مستند مكتوب بين الأطراف (كخطاب أو برقية) يفيد قبولهم له، فضلاً عن ضرورة أن يكون حكم التحكيم مكتوباً وموقعاً، فكأن هذه النصوص تقيد التزام الدول بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها بقيد مؤداها أن يكون كلٌ من اتفاق التحكيم وحكم التحكيم مكتوباً وموقعاً من قبل الأطراف والمحكمين، ولا شك أن هذا الاقتضاء يحول دون تحقيق الغاية المبتغاة من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني (موسى، محمد، المرجع السابق).

الأمر الذي يقتضي ضرورة العمل على توسيع المفهوم التقليدي لكل من الكتابة والتوقيع ليشملا ما استحدثته التقنيات الجديدة من صور لها، ولقد بدت ملامح هذا التغيير وظهرت بارقة الأمل بعد لجوء غالبية الدول للعمل على تغيير تشريعاتها الوطنية والاتفاقيات الدولية لتتواءم مع استخدام التقنيات الجديدة في تسوية المنازعات خاصة أنها كانت قد وسعت المفهوم التقليدي لكل من الكتابة والتوقيع ليشملا ما استحدثته التقنيات الجديدة من صور لهما، وفي هذا الإطار

يمكن الاستعانة بقوانين المعاملات الإلكترونية، التي تعتبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، منتجة للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات التقليدية بما في ذلك التوقيع التقليدي ومعادله لها وظيفياً (نصير، معتصم، المرجع السابق).

وبالنتيجة فإن، القرار التحكيمي الإلكتروني الرسمي، هو القرار المؤيد من المحاكم الوطنية، وليس مجرد القرار الصادر عن المحكمين، حيث يجوز إصدار القرار من قبل المحكمين بوسيلة إلكترونية، على أن يتم إفراغه في قالب مكتوب قابل للعرض لدى المحاكم الوطنية لأجل إقراره منها، لكن ما دور **القاضي الآمر بالتنفيذ عند التعرض إلى القرار التحكيمي الذي تمت إجراءاته عبر شبكات الاتصال الإلكترونية؟** هذا ما سوف نبحثه في البند الآتي.

البند الثاني: دور القاضي الوطني في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني

أناط القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والقوانين الوطنية التي اتبعته بقضاء الدولة إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، لذا فإن الثابت أنه بالرغم من أن أحكام التحكيم بشكل عام تصدر متمتعة بحجية الأمر المقضي، إلا أنها لا تتمتع فور صدورها بالقوة التنفيذية، بمعنى أنها لا تكون قابلة للتنفيذ الجبري بمجرد صدورها وإنما يلزم لذلك أن يصدر من قضاء الدولة أمر بتنفيذها (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص: 291 ـ 292) ويبرر الفقه تعليق تمتع حكم التحكيم بالقوة التنفيذية على صدور أمر من جهة قضائية في أغلب التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم، بأن المحكم جهة غير رسمية أو فرد خاص يستمد سلطته من اتفاق الخصوم، لذا فإنه لا يملك السلطة في أن يأمر بتنفيذ هذا الحكم جبراً (أبو الوفا، أحمد، 1988، ص: 293؛ شفيق، محسن، المرجع السابق، ص: 312).

وقلنا فيما سبق أن المادة (2/35) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة (53/ب) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (56) من قانون التحكيم المصري، اشترطت أن يقدم طلب الأمر بالتنفيذ مرفقاً به ما يلي:

1. أصل الحكم أو صورة مصدقة عنه.
2. صورة عن اتفاق التحكيم.
3. ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة الرسمية للدولة إذا لم يكن حكم التحكيم صادراً بها.

ويعني ذلك أن القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم له سلطة التحقق من توافر هذه المرفقات التي يلتزم طالب التنفيذ بتقديمها، كما له سلطة التحقق مما يجب أن يتوافر في حكم التحكيم من مقتضيات، وإلا رفض الأمر بالتنفيذ (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 303).

وبالرغم من تسليم الفقه من أن القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ليست جهة طعن في هذا الحكم، إلا أن الرأي متفق على أنه ليس من المعقول أن يحرم القاضي من كل دور رقابي على عمل المحكم، ولذا فإنه بالإضافة إلى ما خوله المشرع إلى القاضي المختص الأمر بتنفيذ حكم التحكيم من سلطة في رفض الأمر بتنفيذ الحكم إذا لم يلتزم طالب التنفيذ بتقديم ما يجب تقديمه من مرفقات، فقد نادى أغلب الفقه بأن يدخل في سلطة هذا القاضي التحقق مما يلي: (أبو الوفا، أحمد، 1988، ص ص: 292 ـ 296؛ صاوي، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 276 ـ 277؛ شحاتة، محمد، المرجع السابق، ص ص: 366 ـ 382؛ الحداد، حفيظة، 2007، ص ص: 504 ـ 530؛ القصاص، عيد، المرجع السابق، ص ص: 303 ـ 306)

1- وجود اتفاق تحكيم صحيح: فيرفض القاضي الأمر بالتنفيذ، إذا لم

يكن ثمة أية اتفاق على التحكيم أو كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، كما لو أبرم باسم شخص ثبتت وفاته قبل إبرامه أو كان أحد أطرافه فاقد الأهلية أو كان الموضوع المتفق على التحكيم بشأنه مما لا يجوز التحكيم فيه.

2- **التزام هيئة التحكيم بالاتفاق التحكيمي:** فيرفض القاضي الأمر بالتنفيذ، إذا كان ثابتاً لديه عدم التزام هيئة التحكيم بحدود اتفاق التحكيم أو عدم تطبيقها للقانون الذي اتفق الخصوم على تطبيقه على موضوع النزاع.

3- **صحة تشكيل هيئة التحكيم:** فيرفض القاضي الأمر بالتنفيذ، إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة تشكيلاً باطلاً، كما لو كانت مشكلة من عدد زوجي.

4- **صحة الشكل الذي صدر فيه حكم التحكيم:** فيرفض القاضي الأمر بالتنفيذ، إذا كانت هيئة التحكيم قد خالفت الشكل الذي رسمه القانون لإصدار هذا الحكم، كما لو خلا الحكم من ذكر أسماء المحكمين الذين أصدروه أو خلا من توقيعهم.

5- **صحة حكم التحكيم ذاته:** فيرفض القاضي إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، إذا كان هذا الحكم باطلاً بطلاناً ظاهراً، كما لو خلا من ذكر الأسباب التي يقوم الحكم عليها دون أن يتضمن اتفاق التحكيم إعفاء للمحكم من ذكرها.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فلقد أوجبت المادة (54) من قانون التحكيم الأردني على أنه لا يجوز الامتناع عن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا تبين للمحكمة المختصة ما يلي:

أولاً: إن حكم التحكيم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة

وهذا النص مأخوذ به في أغلب الاتفاقيات الدولية ومعظم التشريعات الوطنية الداخلية، فضرورة احترام النظام العام أثناء التحكيم تحمل في طياتها أكثر من جانب، ومخالفة أي جانب يؤدي الى امتناع القاضي عن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، فمن الممكن أن يكون حكم التحكيم باطلاً بسبب كونه مخالفاً للنظام العام، كما لو كان موضوع النزاع مما لا يجوز التحكيم فيه، أو كانت مخالفته لقاعدة موضوعية من قواعد النظام العام في القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي تمنع بعض أنواع التجارة غير المشروعة مثل تجارة الرقيق (مقابلة، نبيل، المرجع السابق، ص ص: 66 ـ 68).

وبالرغم من أن مخالفة النظام العام، سواء وقعت في الاتفاق التحكيمي أو وقعت فيما فصل به حكم التحكيم، تعد سبباً للطعن عليه بالبطلان وتقضي به المحكمة التي ترفع إليها دعوى البطلان من تلقاء نفسها، إلا أن المشرع أراد أن يجعل من رفض الأمر بتنفيذ الحكم الذي يخالف النظام العام ضمانة أخيرة لإهدار هذا الحكم، فأيما حكم يتضمن ما يخالف النظام العام فإن قاضي التنفيذ يمتنع عن الأمر بتنفيذه (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 301)؛ ويستوي في ذلك حكم التحكيم التقليدي وحكم التحكيم الإلكتروني، فليس من المقبول أن يسمح القضاء بأن ينفذ من الأحكام ما يتعارض منها والنظام العام.

ثانياً: إن حكم التحكيم لم يتم تبليغه إلى المحكوم عليه تبليغاً صحيحاً

وهذا النص ليس بحاجة إلى تبرير، حيث إن الحق الطبيعي للمحكوم عليه أو المطلوب التنفيذ ضده أن يعلم بخصوص الحكم الصادر بحقه، وقد قصد المشرع من ذلك أن يضمن أن هؤلاء قد أتيحت لهم الفرصة في أن يطالبوا ببطلان هذا الحكم إذا كان فيه عيب من العيوب التي تبرر رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي (القصاص، عيد، المرجع السابق، ص: 302).

على أنه ـ وبالمقابل لجميع المقتضيات الشكلية والموضوعية التي تتيح لقاضي التنفيذ الامتناع عن الأمر بتنفيذ الحكم ـ ليست للقاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أية رقابة موضوعية، فليست للقاضي رقابة على كيفية الفصل في موضوع النزاع أو عدالته فيما قضى به، وليس هذا القول مخالف لما سبق بيانه؛ فالفقه مستقر على أن دور القاضي الآمر بالتنفيذ محدد إلى أبعد حد، فليس له إلا سلطة مقيدة ومحددة، وهي رقابة شكلية، خارجية، وعلى ذلك فرقابة القاضي المختص بالأمر بالتنفيذ هي رقابة لحكم المحكم من حيث الشكل، تقف عند حد التأكد من وجود حكم تحكيم يستند إلى اتفاق، وأن الحكم روعي فيه الشكل الذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في النزاع أو عند كتابة الحكم، بينما لا يستطيع القاضي أن يمتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ بالخوض في مسألة مدى مطابقة حكم التحكيم للقانون الواجب التطبيق، ومن كل ما سبق يمكن القول بأن سلطة القاضي الآمر بالتنفيذ تنحصر على فحص الصحة أو المشروعية الظاهرة لحكم المحكم المطلوب الأمر بتنفيذه (عمر، نبيل، 2004، ص ص: 216 ـ 218؛ صاوي، أحمد، المرجع السابق، ص ص: 276 ـ 277).

وهنا يثور التساؤل عن كيفية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؟

يتشابه حكم التحكيم الإلكتروني مع حكم التحكيم التقليدي، فليس هناك خلاف عملي بين نوعي التحكيم، سوى أن الأول يأخذ قالباً إلكترونياً، وهناك قاعدة مستقرة في كل القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية تقضي بأن التحكيم النافذ والقابل للتنفيذ يلزمه أن تكون اتفاقية التحكيم مقبولة قانوناً أساساً، ورأينا أن اتفاقية نيويوك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها لسنة 1958 وقانون الأونسيترال النموذجي لعام 1985 يتضمنان منح السلطة

للمحكمة في الدولة المطلوب فيها الاعتراف والتنفيذ برفض الاعتراف، أو تنفيذ القرار التحكيمي إذا كان اتفاق التحكيم غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق إليه، وعليه فإن حكم التحكيم الإلكتروني وقبل ذلك الاتفاق الإلكتروني، سوف يتوقف الاعتراف بهما على ماهية الكتابة والتوقيع المطلوبين، ذلك أن باقي الشروط قد لا تختلف كثيراً في الوسط الإلكتروني عنها في الوسط الفيزيائي التقليدي (نصير، معتصم، المرجع السابق).

من هنا، سوف تعطي الدول الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي بالاعتماد على قوانينها الداخلية، فإن كانت قوانينها الداخلية تعترف بالعقود الإلكترونية، فسوف يعطي القرار التحكيمي القوة والفعالية للتنفيذ، ولاحظنا - خلال دراستنا هذه - التطور التشريعي في المجال الإلكتروني في معظم التشريعات الوطنية التي أصبحت تعترف بكل رديف إلكتروني للمتطلبات التشريعية، كما هو واضح بالنسبة للمادة السابعة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

وعطفاً على ما أعطاه القانون الأردني بخصوص المعاملات الإلكترونية، للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني من قوة ثبوتية وقانونية معادلة ومساوية للكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي، فإن قرارات التحكيم الصادرة والناشئة بموجب اتفاق تحكيم استخدمت فيه الوسائط الإلكترونية سوف تلقى الاعتراف ذاته وسوف تمنح الصيغة التنفيذية ذاتها الممنوحة في القرارات الناشئة عن اتفاق تحكيمي متضمن كتابة وتوقيعاً تقليديين (نصير، معتصم، المرجع السابق).

وهنا ينبثق السؤال التالي، **هل يجوز الاحتجاج أمام القاضي الآمر بالتنفيذ أن حكم التحكيم أو اتفاقية التحكيم لم تكن مكتوبة أو موقعة توقيعاً صحيحاً؟ وهل يجوز للقاضي المختص بالتنفيذ أن يرفض ذلك على أساس أن القانون المطبق في دولته لا يعترف بالاتفاق الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني؟**

الجواب المبدئي هو أن صحة الاتفاق الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني لا يتوقفان على قانون دولة التنفيذ، وإنما يتوقفان على القانون المطبق على إجراءات التحكيم وقانون الدولة الذي صدر الحكم فيها، وذلك سنداً إلى المادة (5/1/أ) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، والمادة (36/1/أ/1) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، اللتين أوجبتا أنه لا يجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيمي أو رفض تنفيذه، إلا إذا قدم الخصم إلى السلطة المختصة دليلاً يثبت أن أطراف الاتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان الاتفاق إليه أو عند عدم الإشارة إلى مثل هذا القانون، طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

وبالتالي يلزم لصحة الاتفاق الإلكتروني أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً، وفقاً للقانون المطبق على إجراءات التحكيم إن تم الاتفاق على ذلك، أو وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم إن لم تتم الإشارة إليه (نصير، معتصم، المرجع السابق).

وقلنا إن القرار التحكيمي يتساوى مع اتفاقية التحكيم من حيث الأهمية، ذلك أن الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي يتطلب تقديم كل منهما إلى المحكمة المختصة، لكن رغم قانونية وإمكانية إبرام الاتفاق التحكيمي بالشكل الإلكتروني، فلا بد من القول إن اتفاق التحكيم الخطي والقرار التحكيمي الخطي على الورق مطلوبان حين تقديم طلب تأييد الحكم والمصادقة عليه، وتنفيذه حيث إن المحاكم لا تتعامل بالوثائق الإلكترونية وإن كانت تعترف بها، وبالتالي فلا بد من أن يكون الاتفاق التحكيمي والقرار التحكيمي قابلين للاستخراج على الورق، حتى يمكن الاعتراف بهما، وهو أمر منصوص

عليه في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني حيث نصت المادة السادسة منه على أنه: "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي: أ- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم".

ولأن رفع دعوى البطلان وإعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي لدى المحاكم، يتطلب التقيد بإجراءات المحاكم، لذا لابد من أن يكون القرار التحكيمي أو الاتفاق التحكيمي المقدمان إلى المحكمة مفرغين على ورق وموقعاً عليهما، كي تتمكن المحكمة من القيام بعملها، وهذا الأمر قد يكون سهلاً إذا ما أمكن استخراج نسخة مكتوبة وتوقيعها، وبخلاف ذلك قد نضطر إلى الاستعانة بالضوابط المنصوص عليها في قانون المعاملات الإلكترونية والتي تدور بمعظمها حول ضرورة أن يكون المحرر الكتابي مقروءاً ناطقاً بما فيه، واستمرارية هذه الإمكانية على نحو يتيح الرجوع إليه كلما تعين ذلك، بالإضافة إلى الثبات الذي يتحدد في ضوء السلامة المادية للمحرر دون أدنى تعديل أو تغيير أو محو فيه، ليتسنى بذلك الاعتداد به؛ حيث يجوز إصدار القرار من المحكمين بوسيلة إلكترونية على أن يتم إفراغها في قالب مكتوب قابل للعرض لدى المحاكم المختصة لأجل إقراره منها (نصير، معتصم، المرجع السابق؛ **الرومي، محمد، 2008، ص ص: 46 - 49).**

ويرى الباحث أن القوانين الحديثة التي لا تفرق في القيمة القانونية بين الكتابة والتوقيع التقليدي ونظيرهما الإلكتروني من شأنها أن تفسح المجال أمام إمكانية إصدار أحكام التحكيم عبر الوسائل الإلكترونية وإمكانية الاعتراف بها من قبل القضاء وتنفيذها، وإن كانت هذه الأحكام الإلكترونية لا تزال تصطدم بعقبة الكتابة والتوقيع فبالإمكان تجاوز هذه العقبة، إذا أمكن اعتبار الحكم الإلكتروني مساوياً في القيمة القانونية للنسخة الأصلية

المطلوبة في حكم التحكيم التقليدي، وإذا أمكن استخدام التوقيع الإلكتروني لتوقيع أحكام التحكيم الإلكترونية، وهذه الإمكانية قائمة طالما أصبحت الوثائق والتوقيعات الإلكترونية مقبولة قانونياً في نطاق المعاملات الإلكترونية .(Morek,R., P.40)

الفصل الخامس

خاتمة الدراسة ونتائجها وتوصياتها

5

المحور الأول: الخاتمة

المحور الثاني: النتائج

المحور الثالث: التوصيات

الفصل الخامس

خاتمة الدراسة ونتائجها وتوصياتها

تعتبر الخاتمة والتوصيات والنتائج نتاج جهد الباحث من خلال الدراسة التي قام بها، فالخاتمة تتناول الإطار العام للدراسة، وما تطرق إليه من محاور وبنود، والنتائج هي خلاصة ما توصل إليه من هذه الدراسة، أما التوصيات فهي المقترحات التي يقترحها بعد فهم الدراسة موضوعاً.

ومن هنا سأبحث في هذا الفصل ثلاثة محاور وهي:

المحور الأول: الخاتمة.

المحور الثاني: النتائج.

المحور الثالث: التوصيات.

المحور الأول: الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة الموسومة بـ (**دور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني**) لا بد من بيان المحاور الأساسية التي انصبت عليها الدراسة.

إن التحكيم الإلكتروني، هو خليط من القواعد والشروط الخاصة بحل المنازعات، التي وإن كانت مبنية على البنية التحكيمية التقليدية، إلا أنها بلا شك قد ولدت قواعد جديدة شكلت نوعاً من الاستقلالية للنوع الجديد من التحكيم، ذلك إن ظهور التجارة الإلكترونية في أواخر القرن الماضي أظهر الحاجة الملحة إلى استحداث وسائل قانونية تتفق مع طبيعتها لفض المنازعات التي يمكن أن تثار في إطارها، لذا ظهر التحكيم الإلكتروني ليكون الوسيلة الملائمة لفض مثل هذه المنازعات.

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم بصورته التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي يتم من خلالها، ففكرة التحكيم الإلكتروني تتلخص في اعتماد أطراف التحكيم استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في الاتفاق على التحكيم، ثم عقد إجراءاته من جلسات وتبادل مستندات ومذكرات وسماع الشهود والخبراء باستخدام ذات الوسائل، وانتهاءً بصدور الحكم فيه من خلال أجهزة الاتصال الإلكترونية الحديثة، فلا حاجة فيه للانتقال المادي من مكان إلى آخر أو التواجد الشخصي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان ما، وإنما تدار مختلف مراحل إجراءاته بواسطة شاشات الكمبيوتر والاجتماعات التلفازية.

والتحكيم الإلكتروني الذي ظهر حديثاً على الساحة القانونية، أصبح لغة العصر بما أحدثه من اهتمام واسع وفكر متطور وبما أثبته من آلية سريعة وبما وفره من جهد ونفقات، إلا أنه لحداثة العهد به وقصور التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية الناظمة له، والتجاذب بين رجال الأعمال وقدراتهم وأحلامهم ومنطلقاتهم المبنية على تحقيق أعلى وأسرع ربحية من الأموال وإنجاز للمصالح من جهة وبين رجال القضاء والقانون من جهة أخرى، فرجال الأعمال يهدفون إلى سرعة الإنجاز، بينما القضاة والمشرعون فيعملون على ضبط الأداء وإخضاعه إلى أصول وقواعد تضفي عليه الشرعية والعدالة، وتحول بينهم وبين إنكار حقوق الغير ومصالحهم، وهذا ما ينشده ويتمناه ويلتمسه الجميع - تجاراً أو مستهلكين - بعد وقوع النزاع، فظهرت العديد من الصعوبات والعقبات القانونية والفنية في أكثر من مسألة.

ولا شك أن ضمان فعالية التحكيم الإلكتروني واحترام الآثار المترتبة عليه، يقتضي تعاوناً وثيقاً بين القضاء وهيئات التحكيم، ذلك أن التحكيم لم يعد نظاماً رضائياً يتوقف نجاحه على حسن نية المحتكمين، وهكذا يتبدى لنا

أن خصومة التحكيم الإلكتروني ليست بمنأى عن ولاية القضاء، في شقها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم، وفي الدور المساعد الذي يكمل من خلاله القضاء سلطة المحكم المنقوصة، ودون الاعتراف للقضاء بهذه الولاية يصبح التحكيم الإلكتروني نظاماً قانونياً بلا فاعلية، لذلك يتدخل قضاء الدولة في مراحل عملية التحكيم المختلفة، فمن ناحية فإن قضاء الدولة يسهم في تقديم المعاونة والمساعدة إلى التحكيم وهو الأمر الذي يتجلى في صور عدة لعل من أبرزها الاعتراف لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية أو في حسم مسألة أولية أو في الحصول على الأدلة، ومن ناحية أخرى فإن القضاء يلعب دوراً رقابياً إزاء حكم التحكيم الإلكتروني سواء عند رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي أم عند طلب تنفيذ الحكم التحكيمي.

وحيث يعرض هذا البحث (**لدور القاضي الوطني في تفعيل التحكيم الإلكتروني**) فقد انصب بحثنا على استقصاء حالات تدخل القاضي الوطني في أمور التحكيم الإلكتروني، ورأينا من خلال الآراء الفقهية وبعض التطبيقات القضائية لهذه الحالات، أن القضاء يلعب دوراً خلاقاً في تجاوز العقبات والصعوبات القانونية والفنية التي تعترض التحكيم الإلكتروني سواء عند تطبيق أم تفسير إرادة المتعاقدين والقانون، وأن هذا الدور يجب أن يتسم بالدقة وحسن التقدير، حتى لا يتجاوز القضاء سلطته المقررة قانوناً، ويؤدي دوراً قد يشوبه افتئات على أحكام القانون أو إرادة المتعاقدين أو خروج على وظيفة القضاء، فالقضاء يفسر ما غمض أو ما أجمل من أحكام القانون، بل يكمل أحياناً إرادة المتعاقدين في بعض المسائل، ويطبق هذه الأحكام بما لا يعد قضاءً منه بما لا يطلبه الخصوم، فلا شك بذلك أن للقضاء دوراً مهماً للغاية في العملية التحكيمية في إطار التحكيم الإلكتروني من بدايتها وحتى صدور الحكم النهائي فيها.

ولما كان القاضي الوطني يمارس نشاطاً مهماً، بمناسبة دعوى موضوعية يدفع فيها بوجود اتفاق على التحكيم الإلكتروني، أو بمناسبة حدوث بعض الأمور أثناء سير إجراءات الخصومة التحكيمية تستدعي تدخل القاضي، أو بمناسبة نظره لدعوى بطلان الحكم التحكيمي الإلكتروني، أو بمناسبة رؤيته طلب الاعتراف بحكم التحكيم الإلكتروني وتنفيذه، لذلك فقد ألقينا الضوء من خلال هذه الدراسة على معظم الحالات التي يتدخل فيها القاضي الوطني قبل بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني حتى صدور الحكم التحكيمي، فعرضنا في **الفصل الأول** الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني الذي يعتبر حجر الزاوية الذي يستند إليه اتفاق الأطراف والإجراءات التي تتطلبها الخصومة التحكيمية، فتناولنا فيه التعريف بالتحكيم الإلكتروني، ثم تطرقنا إلى دراسة الإطار الموضوعي الخاص بنظام التحكيم الإلكتروني، ثم الإطار الإجرائي الخاص به.

ثم تحدثنا في **الفصل الثاني** عن دور القاضي الوطني في تفعيل نظام التحكيم الإلكتروني، فتناولنا دور القاضي الوطني في تقدير حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، ثم دور القاضي الوطني في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني، ثم تطرقنا إلى دور القاضي الوطني في تحقيق فاعلية نظام التحكيم الإلكتروني.

وفي **الفصل الثالث**، عرضنا دور القاضي الوطني إزاء حكم التحكيم الإلكتروني، فتحدثنا عن دور القاضي الوطني في تقدير حجية حكم التحكيم الإلكتروني، ثم عن دور القاضي الوطني في إبطال حكم التحكيم الإلكتروني، وأخيراً عن دور القاضي الوطني في تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني، ليخلص الباحث في النهاية إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

المحور الثاني: النتائج

توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى عدة نتائج تتلخص فيما يلي:

أولاً: إن أهم ما يميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي الذي يتم بالطرق التقليدية، هو الطابع غير المادي فيه، حيث يتم باستخدام الدعائم الإلكترونية كلياً أو جزئياً، وهو الأمر الناتج عن انعدام التواجد المادي للخصوم والمحكمين.

ثانياً: إن القواعد العامة الواردة في التقنين المدني أجازت التعبير عن الإرادة بشكل إلكتروني متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها، وإن عيوب الإرادة الواردة في التقنين المدني، يمكن كذلك أن تعيب اتفاق التحكيم الإلكتروني، وبالرغم من ذلك بات من الضروري العدول عن القواعد التقليدية العامة للعقد إلى قواعد أكثر تطوراً تحكم العقود الإلكترونية عامةً، واتفاق التحكيم الإلكتروني خاصةً.

ثالثاً: إنه لا يوجد ما يمنع قبول اتفاق التحكيم المبرم إلكترونياً، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال تبادل رسائل البيانات أو الخطابات الإلكترونية؛ إذ إن مشرعي الدول وواضعي الاتفاقيات الدولية الذين استلزموا الكتابة لم يشترطوا شكلاً خاصاً لصياغتها أو طريقة تدوينها، فقد تكون هذه الكتابة خطية أو مطبوعة كما قد تكون هذه الكتابة إلكترونية متى أمكن قراءتها، عدم التعديل فيها والاحتفاظ بها.

رابعاً: إن إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني باستخدام الوسائط الإلكترونية يحقق الشكلية المطلوبة في القانون لإبرام الاتفاق التحكيمي، يستوي في ذلك أن تكون هذه الشكلية شكلية للانعقاد أم للإثبات، وهذا ما تحقق في ضوء الاعتراف التشريعي بحجية الكتابة الإلكترونية.

خامساً: سلطة القاضي الوطني في نطاق التحكيم الإلكتروني تشمل جميع المجالات التي تعالجها القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، وتغطي كافة الموضوعات التي تتناولها، والتي تتلخص في الآتي:

1. القاضي هو الذي يقدر متى يخرج الإيجاب الإلكتروني في التعاقد من مرحلة المفاوضة أو التعليق على شرط إلى مرحلة الإيجاب البات، والقاضي هو الذي يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل متى يكون الموجب ملزماً بالعقد الإلكتروني الذي أوجب إليه، لأن هذا العقد لم يتم إلا بعد أن يقترن به القبول.
2. القاضي هو الذي يقرر أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى إبرام العقد حتى ولو لم يتفقا على المسائل التفصيلية ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، وأن القاضي هو الذي يقدر جوهرية أو عدم جوهرية المسائل الواردة في العقد فإذا كانت المسائل المحتفظ بها مسائل جوهرية، فالمفروض أن المتعاقدين قد قصدا ألا يبرم العقد قبل الاتفاق عليها.
3. القاضي هو الذي يقوم بتقدير قيام أو عدم قيام الغلط الجوهري الذي يعيب الرضا، وأن القاضي هو الذي يستقل بتقدير ثبوت أو عدم ثبوت التدليس الذي يجيز إبطال العقد، وللقاضي السلطة التامة في أن يستخلص من الوقائع درجة الإكراه وهل هو مؤثر أو غير مؤثر، وهو الذي يستقل بتقدير عناصر الاستغلال.
4. القاضي في نطاق فكرتي النظام العام والآداب يظهر دوره فيكاد يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة.

5. تلعب سلطة القاضي دوراً بارزاً في تفسير العقد، فإذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر، مع ذلك فالقاضي قد يرى نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة وفي هذا الصدد استقر الاجتهاد القضائي بأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويستقل القاضي بالكشف عن هذه الإرادة المشتركة دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل.
6. يُعمِل القاضي سلطته التقديرية في تحديد نطاق العقد.

فنخلص من ذلك كله أن السلطة التقديرية للقاضي الوطني هي النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه؛ لذا فإن القاضي الوطني بما يملك من سلطة تقديرية واسعة يستقل في تقدير حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني.

سادساً: إن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فيمكن للأطراف الاتفاق على اختيار هذا القانون، كما يمكن للمحكم القيام بهذا الاختيار في حالة عدم وجود الاتفاق عليه؛ ويبرز دور القاضي الوطني بهذا الصدد بأنه يبحث في صحة اختيار وتطبيق المحكم للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع من عدمه.

سابعاً: إن الغرض الأساسي من تطلب الكتابة في الإثبات، اعتبارها وسيلة تدل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونه كي يكون بإمكان

الأطراف الرجوع إليها في حالة نشوب نزاع بينهم، لذا فإن الكتابة الإلكترونية يمكن أن تقوم بنفس الغرض الذي تقوم به الكتابة التقليدية طالما أنها تدل بوضوح على مضمون التصرف القانوني؛ لذا بات من الضروري العدول عن المبادئ التقليدية للإثبات إلى مبادئ أكثر تطوراً تسمح بقبول مستخرجات التقنيات الحديثة كوسائل جديدة في الإثبات واعتبار الوسائط الإلكترونية معادلاً وظيفياً لنظيرتها التقليدية.

ثامناً: إن القضاء يعتمد أساساً على الإثبات، فتخضع المحررات والمستخرجات الإلكترونية في معرض الإثبات إلى تقدير القاضي، من حيث ضرورة أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها، إذ إن القاضي إزاء أدلة الإثبات مكلف في إطار الوقائع التي يدلي بها الخصوم أن يستخلص الصحيح منها ملتزماً قواعد الإثبات القانونية، لهذا يجب على القاضي في نطاق تقديره لأدلة الإثبات أن يقوم أولاً بفحص وقائع الادعاء لمعرفة تعلقها بالدعوى، وكونها منتجة فيها وجائزة قبولها، ثم بعد ذلك يقدر أنسب أدلة الإثبات الواجب على الخصوم تقديمها لإثبات هذه الوقائع، ثم بعد ذلك يقدر استيفاء أدلة الإثبات الواجب على الخصوم تقديمها لإثبات هذه الوقائع للشروط القانونية اللازمة لقبول الإثبات بها؛ **وبذلك يستقل القاضي الوطني في تقدير حجية أدلة الإثبات الإلكترونية المقدمة إليه أثناء نظر الخصومة القائمة أمامه.**

تاسعاً: إن إجراءات التحكيم الإلكتروني من تبليغات، وتبادل البيانات والمستندات الخطية، والمعاينة، والخبرة الفنية، وجلسات الاستماع إلى الشهود، من الممكن أن تتم باستخدام الوسائط الإلكترونية الحديثة، لأن هذه الوسائط يمكن أن تؤدي نفس الدور الذي تقوم به الجلسات التي تعقد طبيعياً، شريطة

احترام حقوق الدفاع واتخاذ إجراءات تبادل وتقديم الطلبات والبينات، أو جلسات الاستماع إلى الشهود، والخبراء، وغيرهم في مواجهة الخصوم وهذا ما يعبر عنه بمبدأ المواجهة بالدليل، فالقاضي الوطني يستقل في تقدير سلامة إجراءات التحكيم الإلكتروني تبعاً لمراعاة المحكمين لحق المواجهة بالدليل وحقوق الدفاع الأخرى التي تضمن وقوع العلم بما تم من الإجراءات وتضمن كذلك المساواة بين الخصوم؛ **والتي بعدم مراعاتها تكون إجراءات وحكم التحكيم الإلكتروني معرضة إلى البطلان.**

عاشراً: إذا رفع أحد أطراف الاتفاق التحكيمي الإلكتروني دعواه أمام القضاء وتمسك الطرف الآخر بوجود اتفاق على التحكيم، **يلتزم القاضي الوطني** بإحالة النزاع إلى التحكيم، ذلك أن التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي، قوامه اتفاق الأطراف ويستمد وجوده بذلك من إرادة المشرع وإرادة المحتكمين، فإذا رفع أحد الأطراف دعواه أمام القضاء، وتمسك الطرف الآخر بوجود اتفاق على التحكيم الإلكتروني، يتوجب على القاضي الوطني إحالة النزاع إلى التحكيم مستنداً إلى إرادة الأطراف المحتكمة وإقرار المشرع للتحكيم بصفة عامة كطريق خاص لحل المنازعات، متى وضحت هذه الإرادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون؛ **فالقاضي الوطني في هذا الصدد يتخلى دوره في الكشف عن إرادة الخصوم المتمثلة في رغبتهم في النزول عن الالتجاء إلى القضاء لحل منازعاتهم، وحسم النزاع بواسطة التحكيم الإلكتروني.**

حادي عشر: يملك القاضي دوراً بارزاً في تكملة إرادة المحتكمين، حيث يظهر دور المحكمة المعاون والمساعد لعملية التحكيم بتعيين المحكمين خشية أية مماطلة أو تسويف من جانب أحد الأطراف، حيث توصل الباحث إلى إمكانية تعيين المحكمين الإلكترونيين من قبل المحكمة المختصة في ظل إطلاق النصوص في قانون التحكيم.

ثاني عشر: يملك القاضي الوطني دوراً بارزاً في اتخاذ التدابير الوقتية والحجز التحفظي، فقد تطرأ أثناء نظر الخصومة التحكيمية أو بمناسبتها، الحاجة إلى اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية تتصف بطابع العجلة ولا يمكنها أن تنتظر انتهاء الدعوى الموضوعية تحت طائلة فقدان أية فعالية للحكم الموضوعي فيتم اللجوء إلى القاضي المختص بالنظر في هذه التدابير سواء أكان ذلك قبل انعقاد هيئة التحكيم الإلكتروني أو أثناء سير الخصومة التحكيمية الإلكترونية لاتخاذ أي إجراء تحفظي.

ثالث عشر: يلعب القاضي الوطني دوراً بارزاً بمساعدة هيئة التحكيم بالحصول على الأدلة، فقد قننت غالبية التشريعات الوطنية الدور المساعد للقضاء في تكملة القصور في سلطة المحكم بما يمكنه من حسم النزاع المعروض عليه، ذلك أن المحكم الإلكتروني شأنه بذلك شأن المحكم التقليدي لا يتمتع بسلطة الإجبار، وإزاء ذلك يبرز دور القاضي المساعد إذا طرأ أثناء سير خصومة التحكيم، ما يتطلب الاستعانة بالسلطة القضائية لضمان فعالية التحكيم الإلكتروني مثل دعوة شاهد أو خبير أو الأمر بإحضار مستند أو صورة عنه أو الاطلاع عليه أو غير ذلك.

رابع عشر: فيما يتعلق بحكم محكمة التحكيم الإلكترونية، فإن معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي استلزمت الكتابة لم تشترط شكلاً خاصاً لصياغتها أو طريقة تدوينها، فقد تكون الكتابة بخط اليد أو بالوسائل الإلكترونية، لذا فإن صدور الحكم بالكتابة الإلكترونية يحقق شرط الشكل المطلوب فيها، كما أن التوقيع الإلكتروني الذي يوقع به الحكم الإلكتروني يتمتع بنفس حجية التوقيع العادي.

خامس عشر: تمارس المحكمة المختصة سلطة واسعة عند تدقيقها لدعوى

الطعن ببطلان حكم التحكيم الإلكتروني، سواء الطعن المستند إلى الأسباب التي لا بد للطاعن أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى تتصدى لها المحكمة أم الطعن المستند إلى الأسباب التي تملك المحكمة إثارتها وحدها ولو لم يتمسك بها الخصوم؛ حيث تقضي المحكمة ببطلان الحكم التحكيمي الإلكتروني إذا ما توافرت حالة من الحالات التي تعيب حكم التحكيم.

السادس عشر: يمارس القاضي الوطني دوراً بارزاً بإضفاء الصيغة التنفيذية على القرار التحكيمي الإلكتروني، فعندما يلجأ الطرف الخاسر الذي يجب عليه تنفيذ القرار الصادر بحقه إلى التقاعس والمماطلة أو إلى الرفض والامتناع عن التنفيذ، يلجأ الطرف الآخر الذي تم الحكم لصالحه إلى طلب التنفيذ الجبري من القضاء لكي يقوم القضاء المختص باستعمال سلطته لإجبار المحكوم عليه بالتنفيذ، وهنا على القاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ التحقق من وجود حكم تحكيم مستند إلى اتفاق صحيح وأن الحكم روعي فيه الشكل الذي يتطلبه القانون؛ فإذا تحقق القاضي من توافر بعض الأسباب التي تحول دون صحته فعندئذ يأمر بعدم الاعتراف بالقرار التحكيمي ويرفض التنفيذ.

المحور الثالث: التوصيات

توصل الباحث من هذه الدراسة إلى عدة توصيات أتمنى الأخذ بها وأجملها بما يلي:

أولاً: ضرورة أن تقوم التشريعات الوطنية، لا سيما التشريع الأردني بإزالة كل العقبات والتحديات القانونية التي تعترض التحكيم الإلكتروني، من خلال وضع مجموعة من القواعد القانونية التي تتفق ومتطلبات التحكيم الإلكتروني وذلك بـ:

1. الاعتراف بمشروعية اتفاق التحكيم المبرم إلكترونياً، وذلك بالقبول القانوني لاتفاق الأطراف اللجوء إلى التحكيم من خلال تبادل رسائل البيانات الإلكترونية أو الخطابات الإلكترونية، واعتبار أن اتفاق التحكيم المبرم إلكترونياً يماثل اتفاق التحكيم المبرم بالطرق التقليدية.
2. الاعتراف بحق الأطراف الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ عن معاملة إلكترونية، وفي حالة عدم وجود اتفاق من الأطراف على ذلك، يمكن للمحكم أو القاضي القيام بهذا الاختيار شريطة مراعاة قواعد الإسناد التقليدية والقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية.
3. الاعتراف بحق الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم إجراءات الخصومة التحكيمية الإلكترونية، وفي حالة عدم وجود اتفاق من الأطراف على ذلك، فيجب اعتبار مكان التحكيم هو مكان موقع القضية على الإنترنت، بشكل يمكن المحكم من تطبيق قواعد التجارة الإلكترونية على هذه الإجراءات.
4. الاعتراف بإمكانية تبادل الطلبات والبينات والوثائق وأدلة الإثبات المختلفة بين الأطراف من جهة والمحكمين من جهة أخرى باستخدام الوسائط الإلكترونية.
5. الاعتراف بإمكانية عقد جلسات الاستماع إلى الأطراف والشهود والخبراء وغيرهم وإدارة جلسات التحكيم بالشكل الإلكتروني، وذلك بالاعتراف بأن الوسائل الإلكترونية تلك تؤدي نفس الدور الذي تقوم به

الجلسات التي تعقد طبيعياً طالما ضمنت احترام حقوق الدفاع وحق المواجهة.

6. الاعتراف بصحة التوقيع الإلكتروني من أعضاء الهيئة التحكيمية على حكم التحكيم الإلكتروني، وإعطاء التوقيع الإلكتروني على الحكم التحكيمي الإلكتروني نفس حجية التوقيع العادي.

7. الاعتراف بصحة الكتابة الإلكترونية التي يصدر بها حكم التحكيم الإلكتروني، وإعطاؤها نفس الحجية الممنوحة لكتابة الحكم بخط اليد، والاعتراف بأن صدور الحكم التحكيمي بالكتابة الإلكترونية يحقق شرط الكتابة المطلوبة في القانون.

8. عدم جواز رفض القضاء الوطني لدولة التنفيذ لطلب تنفيذ الحكم الصادر من هيئة التحكيم الإلكترونية لمجرد أنه يأخذ قالباً إلكترونياً.

ثانياً: ضرورة تقديم المساندة الضرورية من قبل القضاء الوطني للتحكيم الإلكتروني، فسواء أكان التحكيم الإلكتروني خاضعاً إلى قواعد التحكيم التقليدية أو استقل بتنظيم قانوني خاص به، فإن نجاحه يتوقف على الدعم والمساندة الذي قد يبديها القضاء من خلال الاعتراف بصحة استخدام الوسائط الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة في إتمام التبليغات وانعقاد الجلسات وتبادل البينات وإثارة الطلبات والدفوع، ثم إجراء المداولات من قبل هيئة التحكيم التي تُصدر القرار التحكيمي؛ وباعتقادي أن هذه المساندة ضرورية لإضفاء المشروعية والاعتراف بحجية حكم التحكيم الإلكتروني.

ثالثاً: ضرورة إنشاء دوائر قضائية تختص بنظر المنازعات الإلكترونية وتتم الاستعانة بها لتقديم الدعم والمساعدة بشأن المسائل التي تستعصي على الخصوم أو هيئات التحكيم، وبهذا الصدد لابد من الاعتراف بنظام القاضي

الإلكتروني، بحيث تتم عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة المختصة بتقديم الدعم والمساعدة عبر البريد الإلكتروني، فيتم فحص هذه المستندات بواسطة القاضي المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضيين يفيد علماً بما تم بشأن هذه المستندات، إذ إن نظام رفع الدعوى إلكترونياً له العديد من الميزات، بحيث يقدم نوعاً من التكنولوجيا، يسمح للمتقاضين أو المحتكمين بتقديم الطلبات المؤيدة بالمستندات القانونية بطريقة إلكترونية وفق منظومة متكاملة ويسمح هذا النظام للمحاكم بأداء دورها الرقابي أو المساعد تجاه التحكيم الإلكتروني بطريقة أكثر فاعلية وانسجاماً مع البيئة الإلكترونية.

رابعاً: ضرورة العمل على إلغاء الاستثناءات الواردة في المادة (6) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 كون تلك الاستثناءات لا مبرر لها، إذ إن الشكلية الإلكترونية أمر أقرته غالبية التشريعات الحديثة بشأن المعاملات والعقود الإلكترونية، ومن ثم فإن إبرام العقود الإلكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود، ولو كانت عقوداً شكلية كاتفاق التحكيم.

خامساً: ضرورة عقد ندوات ودورات تدريبية لرجال القضاء، بهدف إعداد كوادر قضائية تتمتع بمعرفة معلوماتية واسعة، يستطيعون من خلالها مسايرة المستجدات الأخيرة في مجال تقنيات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية والوسائل البديلة لفض المنازعات الناشئة عنها وخاصةً التحكيم الإلكتروني، الأمر الذي يُمَكِن القضاء من إيجاد الحلول القانونية لأية صعوبات أو تحديات قد تعترض طريق التحكيم الإلكتروني.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب الفقهية:

- الخالدي، إيناس (2009) التحكيم الإلكتروني. القاهرة: دار النهضة العربية.
- مطر، عصام عبد الفتاح (2009) التحكيم الإلكتروني. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- حوته، عادل أبو هشيمة (2005) عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص. القاهرة: دار النهضة العربية.
- أبو الوفا، أحمد (1988) التحكيم الاختياري والإجباري. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- عمر، نبيل إسماعيل (2004) التحكيم. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- القصاص، عيد محمد (2007) حكم التحكيم. القاهرة: دار النهضة العربية.
- خليل، أحمد (2003) قواعد التحكيم. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الجبران، صادق محمد (2006) التحكيم التجاري الدولي. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- عمر، نبيل إسماعيل (1984) سلطة القاضي التقديرية. الإسكندرية: منشأة المعارف.

- مجاهد، أسامة أبو الحسن (2007) الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- الحداد، حفيظة السيد (2007) الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- صاوي، أحمد السيد (2002) التحكيم.
- شحاته، محمد نور عبد الهادي (دون تاريخ) الرقابة على أعمال المحكمين. القاهرة: دار النهضة العربية.
- الجمال، مصطفى محمد وعبد العال، عكاشة محمد (1998) التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- أحمد، مخلوف (2005) اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- شتا، أحمد محمد (2005) شرح قانون التحكيم. القاهرة: دار النهضة العربية.
- مقابلة، نبيل زيد (2006) تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- عبد المجيد، منير (2000) الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- أبو الوفا، أحمد (دون تاريخ) التحكيم في القوانين العربية. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- التحيوى، محمود السيد عمر (2006) التحكيم في المواد المدنية والتجارية. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

- شفيق، محسن (دون تاريخ) التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية.
- حداد، حمزة أحمد (2007) التحكيم في القوانين العربية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- سامي، فوزي محمد (2006) التحكيم التجاري الدولي. عمان: دار الثقافة.
- القضاة، مفلح عواد (2004) أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي. عمان: دار الثقافة.
- سلطان، أنور (2007) مصادر الالتزام. عمان: دار الثقافة.
- السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد (2005) مصادر الحقوق الشخصية. عمان: دار الثقافة.
- الفار، عبد القادر (2004) مصادر الالتزام. عمان: دار الثقافة.
- أبو الهيجاء، محمد إبراهيم (2005) عقود التجارة الإلكترونية. عمان: دار الثقافة.
- برهم، نضال سليم (2010) أحكام عقود التجارة الإلكترونية. عمان: دار الثقافة.
- حجازي، عبد الفتاح بيومي (2008) التجارة عبر الإنترنت. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- المهدي، أحمد (2006) الإثبات في التجارة الإلكترونية. المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية.
- رشدي، محمد السعيد (2008) التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة. الإسكندرية: منشأة المعارف.

- إبراهيم، خالد ممدوح (2008) التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- النوافلة، يوسف أحمد (2007) حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات. عمان: دار وائل للنشر.
- المومني، عمر حسن (2003) التوقيع الإلكتروني. عمان: دار وائل للنشر.
- الشريفات، محمود عبد الرحيم (2005) التراضي في التعاقد عبر الإنترنت، دون دار نشر.
- ناصيف، إلياس (2009) العقد الإلكتروني في القانون المقارن. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- إبراهيم، خالد ممدوح (2006) إبرام العقد الإلكتروني. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- الأودن، سمير عبد السميع (دون تاريخ) العقد الإلكتروني. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- أبو الهيجاء، محمد إبراهيم (2009) التحكيم الإلكتروني، عمان: دار الثقافة.
- الجمال، سمير حامد (2006) التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة. القاهرة: دار النهضة العربية.
- أحمد، أمانج رحيم (2006) التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت. عمان: دار وائل للنشر.
- منصور، محمد حسين (2006) الإثبات التقليدي والإلكتروني. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2003) الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية. الكويت: جامعة الكويت.

- حجازي، عبد الفتاح بيومي (2007) النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني. المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية.
- بيومي، كوثر عبد الله (2007) التحكيم في منازعات الملكية الفكرية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- الرومي، محمد أمين (2008) النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني. المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية.
- شرف الدين، أحمد (2008) قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دون دار نشر.
- النداوي، آدم (2001) دور الحاكم المدني في الإثبات. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الأحدب، عبد الحميد (2008) التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الأحدب، عبد الحميد (2008) التحكيم الدولي، الكتاب الثاني. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الأحدب، عبد الحميد (2008) وثائق تحكيمية، الكتاب الثالث. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الشرقاوي، جميل (1982) الإثبات في المواد المدنية. القاهرة: دار النهضة العربية.
- مرقس، سليمان (1986) أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، دون دار نشر.
- المومني، أحمد سعيد (1983) التحكيم في التشريع الأردني والمقارن. عمان: مطابع التوفيق.

- الحداد، حفيظة السيد (2007) النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني. بيروت: منشورات الحلبي.
- الحداد، حفيظة السيد (2007) الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول. بيروت: منشورات الحلبي.
- الرومي، محمد أمين (2008) المستند الإلكتروني. المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية.
- رستم، محمد خالد (2006) التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- إبراهيم، خالد ممدوح (2008) التقاضي الإلكتروني. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- بردان، إياد محمود (2004) التحكيم والنظام العام. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الطورة، عبد القادر (1988) قواعد التحكيم. المؤلف نفسه.
- الرومي، محمد أمين (2006) النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- المنزلاوى، صالح (2006) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- دودين، بشار محمود (2006) الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- أبو الهيجاء، محمد إبراهيم (2002) التحكيم بواسطة الإنترنت، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة.
- أبو صالح، سامي عبد الباقي (2004) التحكيم التجاري الإلكتروني، القاهرة: دار النهضة العربية.

- بدوي، بلال عبد المطلب (2006) التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، القاهرة: دار النهضة العربية.
- الدمياطي، تامر محمد (2009) إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دون دار نشر.
- البريري، محمود مختار (1995) التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية .
- والي، فتحي (2007) قانون التحكيم في النظرية والتطبيق. الإسكندرية: منشأة المعارف.
- سليمان، محمد مأمون (2011) التحكيم الإلكتروني. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

ب- الرسائل الجامعية:

- الشيخ، محمود محمد (2011) القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت: المفرق، الأردن.
- البطاينة، عامر فتحي (2004) دور القاضي الأردني في التحكيم التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا: عمان، الأردن.
- الشريفي، رضوان هاشم (2010) حول نظام قانوني خاص بالتحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير غير منشورة، معهد البحوث والدراسات العربية.
- بني شمسه، رجاء نظام (2009) الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية: نابلس، فلسطين.
- جبران، محمد محمود (2009) التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل

منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط: عمان، الأردن.

- حسن، يحيى يوسف (2007) التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية: نابلس، فلسطين.
- داود، أشجان فيصل (2008) الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية: نابلس، فلسطين.
- الحميدي، أمين بجاش (2004) الطعن في قرارات التحكيم التجاري، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية: عمان، الأردن.
- الحياري، عمر هاشم (2002) الرقابة على أحكام المحكمين وفقاً لقانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا: عمان، الأردن.
- الغرايبة، خالد محمد (2005) دعوى بطلان حكم التحكيم، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت: المفرق، الأردن.

ج- الأبحاث والمقالات:

- جمعة، حازم حسن (دون تاريخ) اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، متاح في: www.arablawinfo.com.
- الشريدة، توجان فيصل (دون تاريخ) ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، متاح في:

http: // slconf.uaeu.ae/arabic_research.asp.

- نصير، معتصم سويلم (دون تاريخ) مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني، متاح في:

www.arablawinfo.com

- النعيمي، آلاء يعقوب (دون تاريخ) الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، متاح في:

http: // slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp.

- المحمد، عماد الدين (دون تاريخ) طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، متاح في:

http: // slconf.uaeu.ac.ae/arabic_resear.asp.

- شرف الدين، أحمد (دون تاريخ) الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، متاح في:

www.arablawinfo.com.

- محمود، سامح محمد (دون تاريخ) التحكيم الإلكتروني، متاح في:

www.arablawinfo.com.

- موسى، محمد إبراهيم (دون تاريخ) التحكيم الإلكتروني، متاح في:

http: // slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp.

- البديرات، محمد أحمد (دون تاريخ) مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم، متاح في:

http: // slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp.

- حداد، حمزة أحمد (2005) الدور الفعال للقضاء في التحكيم، متاح في:

http:// www.aiadr.co/research.htm

- برهان، سمير (2007) اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية، متاح في:

http: // www.scribd.com/doc/31198175

- مقابلة، نبيل زيد (2007) التحكيم الإلكتروني، متاح في:

http://www.dralmarri.com/show.asp?field=res-a&id=216

- منصور، محمد وليد (دون تاريخ) الدور الإستراتيجي والخلاق للقضاء لتحقيق فاعلية التحكيم، متاح في:
http://www.arablegalnet.org/arabmagazine/arabmagms4bject.aspx.
- الطراونة، مصلح أحمد (دون تاريخ) مدى اختصاص قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في القانون الأردني، متاح في:
http://www.lawjo.net/vb/showhread.php.
- الشرقاوي، محمود سمير (دون تاريخ) الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، متاح في:
http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/nz/alsharkawy.pdf.
- الطراونة، مصلح أحمد والحجايا، نور محمد، (2005) التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول.
- سامية، يتوجي (2008) التحكيم الإلكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة: الجزائر، الجزائر، غير منشور.

د- أهم القوانين:

- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.
- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- القانون المدني المصري رقم 384 لسنة 1965.
- قانون البينات الأردني رقم 16 لسنة 2005 .

- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 25 لسنة 1998 وفقاً لآخر تعديلاته.
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 وتعديلاته.
- القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.
- القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.
- القانون البحريني بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 2002.
- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 1 لسنة 2000.
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 والمعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2006.

هـ- أهم الاتفاقيات والأنظمة وقواعد التحكيم:

- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لسنة 1958.
- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987.
- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف) لعام 1961.
- قواعد التحكيم على الإنترنت من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم (A.A.A).
- قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة بباريس.
- قواعد المحكمة الافتراضية.
- قواعد مركز الوايبو للوساطة والتحكيم.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية

- Gabrielle, Kaufmann – Kohler & Thomas, Schultz (2004) Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Klawer Law International.

- Haitham, A. Haloush & Bashar, H. Malkawi, Fair Process, Efficiency And Online Alternative Dispute Resolution: http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n4e/Dr%20%20Susan%20Karamanian417-463.pdf.
- Li Hu., online Arbitration in China-An Overview and Perspective: www.odr.info/unforum2004/Dr%20Li2.doc.
- Rafal, morke, online Arbitration: Admissibility within The Currrent leagel Framework: www.odr.info/Re%20greetings,.doc.
- Schultz, T. (2002) Online Arbitration: Binding Or Non – Binding, ADR Online Monthly.
- Lin yu, H., & Nasir, M. (2003) Can Online Arbitration Exist Within The Traditional Arbitration Framewok? , 20 Journal Of International Arbitration.
- Lodder, A.R.& Vereeswijk, G. A. W. (2004) Online Arbitration Services At a Turning Point, An Appraisal, Icc International Court Of Arbitration Bulletin.

Electronic Arbitration





e Dr.
J eb Al-Mani

ISBN 978-9957-16-846-9





الثقافة للتصميم والإخراج



دار الثقافة للنشر والتوزيع
أسسها خالد محمود جبر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan
www.daralthaqafa.com